

PRZEGLĄD USTAWODAWSTWA GOSPODARCZEGO

Rok LXVIII • Nr 4 (802)

Warszawa Kwiecień 2015

PL ISSN 0137-5490

Nr indeksu 371319

w numerze m.in.

Wybrane konsekwencje podatkowe
funkcjonowania narzędzi hybrydowych oraz
konsepce ich przeciwdziałania

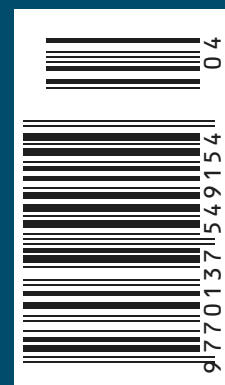
Cash-pooling — konsekwencje w podatku od towarów
i usług oraz podatku od czynności cywilnoprawnych

Unia Europejska jako wielopoziomowy system rządności

O zasadach przenoszenia praw z weksla niepełnego
w chwili wystawienia

Nadużycie pozycji dominującej przez organizacje
zbiorowego zarządzania prawami autorskimi i pokrewnymi

www.pug.pl



POLSKIE
WYDAWNICTWO
EKONOMICZNE



PRZEGŁĄD USTAWODAWSTWA GOSPODARCZEGO

NR 4 KWIECIEŃ PL ISSN 0137-5490

MIESIĘCZNIK

Redaktor naczelny:

Prof. UŁ dr hab. **Kazimierz Strzyczkowski**
(Uniwersytet Łódzki)

Sekretarz redakcji:

Mariusz Gorzka

Rada naukowa:

Prof. dr hab. **Jan Błeszyński** (Uniwersytet Warszawski)
Prof. dr nauk prawnych **Oleg Gorodow** (Państwowy
Uniwersytet w Sankt Petersburgu, Rosja)
Prof. **Heibert Hirte** (Uniwersytet w Hamburgu, Niemcy)
Dr hab. **Robert Jastrzębski** (Uniwersytet Warszawski)
Prof. dr hab. **Peter-Christian Müller-Graff** (Uniwersytet
w Heidelbergu, Niemcy)
Doc. **Oleg P. Lichichan** (Dyrektor Instytutu Prawa
Państwowego Uniwersytetu w Irkucku, Rosja)
Prof. dr hab. **Karol Sobczak** (Szkoła Główna Handlowa)
Prof. dr hab. **Elżbieta Skowrońska-Bocian** (Uniwersytet
Warszawski)
Dr hab. **Marek Szydło** (Uniwersytet Wrocławski)
Prof. **Ruth Taplin** (University of Leicester, Wielka
Brytania)
Dr **Ryszard Tupin** (Uniwersytet Warszawski)

Adres Redakcji

00-099 Warszawa, ul. Canaletta 4
tel. (22) 827 80 01; fax (22) 827 55 67
E-mail: pug@pwe.com.pl

Wydawca

Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne SA
00-099 Warszawa 84, skr. poczt. 91
E-mail: pwe@pwe.com.pl

WARUNKI PUBLIKACJI:

<http://www.pug.pl>

PRENUMERATA na 2015 r.:

„RUCH” SA

Zamówienia na prenumeratę w wersji papierowej
i na e-wydania można składać bezpośrednio na
stronie www.prenumerata.ruch.com.pl
Ewentualne pytania prosimy kierować na adres
e-mail: prenumerata@ruch.com.pl lub kontaktując
się z Centrum Obsługi Klienta „Ruch” pod nume-
rami 22 693 70 00 lub 801 800 803 — czynne
w dni robocze w godzinach 7⁰⁰–17⁰⁰. Koszt połą-
czenia wg taryfy operatora

Garmond Press SA — Dział Prenumeraty

tel. (22) 837 30 08
<http://www.garmondpress.pl/prenumerata>

Kolporter SA — Departament Dystrybucji Prasy

tel. (22) 355 04 72 do 75
<http://www.kolporter.com.pl>

GLM Sp. z o.o. — Dział Dystrybucji Prasy

tel. (22) 649 41 61
e-mail: prenumerata@glm.pl
<http://www.glm.pl>

As Press — tel. (22) 750 84 29, (22) 750 84 30

Poczta Polska SA — infolinia 801 333 444

<http://www.poczta-polska.pl/prenumerata>

Sigma-Not — Zakład Kolportażu

tel. (22) 840 30 86
e-mail: bok_kol@sigma-not.pl

Terminy prenumeraty:

- do 30 listopada dla prenumeraty realizowanej
od 1 stycznia następnego roku;
- do końca lutego dla prenumeraty realizowanej
od II kwartału bieżącego roku;
- do końca maja dla prenumeraty realizowanej
od III kwartału bieżącego roku;
- do końca sierpnia dla prenumeraty realizowanej
od IV kwartału bieżącego roku.

Cena prenumeraty:

Roczna — 648,00 zł Półroczna — 324,00 zł

Prenumerata u Wydawcy:

Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne SA

00-099 Warszawa, ul. Canaletta 4

bialek@pwe.com.pl

Prenumerata roczna — 25% rabatu: 485,98 zł

Prenumerata półroczna — 10% rabatu: 291,63 zł

Nakład: 850 egzemplarzy

Cena 1 egz. — 54,00 zł (w tym 5% VAT)

Skład i łamanie:

Zdzisław Wasilewski, Warszawa, ul. Resorowa 28, tel. 605 105 574

Druk:

Lotos Poligrafia sp. z o.o., Warszawa, ul. Wał Miedzeszyński 98,
tel. 22 872 33 66

TREŚĆ NUMERU

ARTYKUŁY

Dominik J. Gajewski, Szkoła Główna Handlowa w Warszawie

Wybrane konsekwencje podatkowe funkcjonowania narzędzi hybrydowych oraz koncepcje ich przeciwdziałania

Selected tax-related consequences of operation of hybrid tools and
the schemes for preventing them

2

Jowita Pustuł, Uniwersytet Jagielloński

Cash-pooling — konsekwencje w podatku od towarów i usług oraz podatku od czynności cywilnoprawnych (część 1)

VAT and tax on law transaction consequences on cash pooling
agreement (part 1)

8

Sławomir Czarnecki, Wyższa Szkoła Prawa i Administracji w Rzeszowie

O zasadach przenoszenia praw z weksla niezupełnego w chwili wystawienia — rozważania na tle wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2008 r.

Principles of transferring the rights arising from a bill of exchange
(promissory note) issued in blank — reflections in the context
of the decision of the Supreme Court of 23 October 2008

14

Franciszek Strzyczkowski, Uniwersytet Łódzki

Unia Europejska jako wielopoziomowy system rządności European Union as a multi-level system of governance

20

PRAWO WŁASNOŚCI INTELEKTUALNEJ

Inga Oleksiuk, Wyższa Szkoła Finansów i Zarządzania w Warszawie

Nadużycie pozycji dominującej przez organizacje zbiorowego zarządzania prawami autorskimi i pokrewnymi

The abuse of a dominant position by collective management
organizations of copyright and related rights

27

Szanowni Czytelnicy i Autorzy

Archiwalne artykuły z 2014 r. już dostępne na stronie internetowej naszego pisma.
Co miesiąc wraz z nowym numerem PUG-u kolejny numer archiwalny:
<http://www.pug.pl/archiwum>

W najbliższych numerach:

- Kontrola podatkowa jako element konstrukcyjny postępowania podatkowego
— alternatywny model kontroli podatkowej
- Cartel members' compensation liability as a result of umbrella effect —
commentary on the CJ Judgment, 5 June 2014, Case C-557/12 *Kone AG
and others v ÖBB Infrastructure AG*

„Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego”
jest czasopismem naukowym punktowanym przez
Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego (7 punktów)

Wybrane konsekwencje podatkowe funkcjonowania narzędzi hybrydowych oraz koncepcje ich przeciwdziałania

Selected tax-related consequences of operation of hybrid tools and the schemes for preventing them

dr hab. Dominik J. Gajewski

Streszczenie

Instrumenty hybrydowe są coraz częściej wykorzystywanym narzędziem w optymalizacji opodatkowania. Głównym beneficjentem tych rozwiązań są podmioty działające transgranicznie. Szczególne ich znaczenie związane jest z tym, że są one najczęściej neutralne podatkowo. Z drugiej zaś strony wykorzystują one luki w prawie podatkowym w poszczególnych ustawodawstwach wewnątrzkrajowych, ale również w prawie unijnym i międzynarodowym. Skutkuje to tym, że są one niezmiernie popularne wśród holdingów. Szczególnie, że ich wykorzystywanie nie niesie za sobą negatywnych konsekwencji podatkowych.

Słowa kluczowe:

instrumenty hybrydowe, holding, optymalizacja opodatkowania.

Summary

Hybrid instruments are more and more commonly used as a measure for optimization of taxation. The main beneficiaries of such solutions are entities operating on a cross-border scale. The significance of these instruments is related to the fact that they are usually neutral in terms of taxation. On the other hand, they exploit the legal loopholes present in the domestic legislations as well as in the law of the European Union and the international law. Thus they are highly popular among holding companies; particularly, since employing such measures does not lead to negative tax-related consequences.

Key words:

hybrid instruments, holding, optimization of taxation.

Wprowadzenie

Analiza przepływów transakcyjnych podmiotów wchodzących w skład struktur holdingowych oraz dostosowanie strategii podatkowej i innych narzędzi optymalizowania opodatkowania do regulacji obowiązujących w różnych ustawodawstwach podatkowych stwarza duże możliwości zastosowania efektywnego finansowania, a jednocześnie uzyskania długoterminowych oszczędności podatkowych (Niels, 2010, s. 255).

Podatkowa polityka planowania prowadzona przez podmioty powiązane może opierać się na wielu różnych instrumentach, które w większym, bądź mniejszym zakresie optymalizują opodatkowanie, a nawet prowadzą do unikania opodatkowania.

Jednym z kluczowych instrumentów optymalizowania opodatkowania holdingów międzynarodowych są instrumenty hybrydowe. Są one ściśle związane z dwoma zasadniczymi formami finansowania spółek, tj. finansowanie długiem i kapitałem (Raport IBFD, 2007, s. 71–73).

Pojęcie instrumentu hybrydowego (ang. *hybrid instrument*) nie obejmuje żadnych nieznanych dotąd instrumentów finansowych, ale znane powszechnie instrumenty dłużne — zazwyczaj pożyczki i obligacje. Istotą działania instrumentu hybrydowego jest dwoistość podatkowej kwalifikacji w różnych ustawodawstwach. Instrumenty te są tak

skonstruowane, że w jednym ustawodawstwie traktowane są jako normalne pożyczki, od których odsetki stanowią potrącalny od dochodu do opodatkowania koszt uzyskania przychodu, a z kolei w drugim ustawodawstwie są one — na podstawie wewnętrznego prawa podatkowego — traktowane jako wkład kapitałowy do spółki, a otrzymywane z tego tytułu odsetki traktowane są u pożyczkodawcy, względnie obligatariusza w przypadku obligacji — jako dywidenda, w pewnych państwach zwolniona od opodatkowania lub opodatkowana w sposób bardziej korzystny niż dochód z tytułu odsetek (Fiszer, 2009, s. 21–23).

W strukturze finansowej instrumenty hybrydowe zaliczane są do szeroko rozumianych instrumentów pochodnych. Przy czym jako instrumenty pochodne (derywaty) trzeba rozumieć papiery wartościowe powiązane, będące pochodną aktywów, zdarzeń lub innych charakterystyk odniesienia (nazywanych instrumentami pierwotnymi lub bazowymi), od wielkości których zależna jest ich wartość. Wyróżniamy następujące rodzaje instrumentów pochodnych: opcje (kupna i sprzedaży), kontrakty (futures i forward), kontrakty SWAP (procentowe i walutowe), instrumenty hybrydowe. (McBride, 2000, s. 31–32; Kolb, 1997, s. 68.).

W celu analizy istoty funkcjonowania instrumentów hybrydowych w ramach struktur holdingowych, konieczne jest rozróżnienie dwóch form finansowania spółek w ramach holdingu — finansowanie długiem i kapitałem.

Większość państw Unii Europejskiej w ramach swoich ustawodawstw podatkowych jednoznacznie odróżnia finansowanie za pomocą kapitału i długu (Raport IBFD, 2004, s. 49–53). Jeżeli chodzi o finansowanie długiem, sprowadza się ono do korzystania z obcych aktywów za ustalonym wynagrodzeniem. Biorąc na siebie zapłacenie wynagrodzenia za korzystanie z obcego majątku (np. nieruchomości, pożyczka gotówkowa), podatnik uzyskuje w ramach swojej działalności gospodarczej — korzyści podatkowe (Wilson, 1999, s. 269–304). W zasadzie zdecydowana większość ustawodawstw podatkowych przyjęło, że wynagrodzenie ma bezpośredni skutek na wysokość podstawy opodatkowania w podatku dochodowym, a konkretnie — staje się kosztem uzyskania przychodu (IBFD, 2005, s. 92). Warto jednocześnie przypomnieć, że ustawodawstwa podatkowe przewidują jednocześnie restrykcje w zakresie uznania wydatku odsetkowego jako koszt uzyskania przychodu. Szczególnie przejawia się to w: regulacjach związanych z niedostateczną kapitalizacją, przepisach odnoszących się do cen transferowych czy wreszcie ograniczenia z możliwości uznania za koszt uzyskania przychodu wydatków dokonywanych na rzecz podmiotów funkcjonujących w państwach zaliczanych do rajów podatkowych (Brzeziński, Hayder, 1997, s. 34; Dłuska, Kubińska, 1998, s. 36–37; Fuest, Hemmelgarn, 2005, s. 520–521; Głuchowski, 1996, s. 36; Wells, 1993, s. 9).

Główna zasada w większości ustawodawstw podatkowych stanowi, że wynagrodzenie uiszczane przez podatnika na rzecz udziałowca (dywidenda) nie skutkuje obniżeniem podstawy opodatkowania w podatku dochodowym.

Po stronie podmiotu otrzymującego wynagrodzenie za przekazane innym podmiotom fundusze, zarówno w formie kapitału, jak i w formie instrumentu dłużnego (czy pochodnego), powstaje przychód opodatkowywany zgodnie z prawem podatkowym państwa beneficjenta odsetek lub dywidendy. Natomiast jeżeli występuje spółka posiadająca siedzibę w państwie należącym do UE (Fischer, 2009, s. 21–23), dochód z tytułu dywidend może podlegać zwolnieniu z opodatkowania w ramach tzw. zwolnienia partycypacyjnego (Pfeiffer, Schiller, Wagner, 2011, s. 220–222). Zwolnienie partycypacyjne przysługuje z tytułu prawa podatkowego wewnątrzkrajowego, implementowanego z Dyrektywy 90/435/WE.

Większość państwa UE odmiennie traktuje dług i kapitał na gruncie tzw. podatku u źródła. Niektóre państwa (np. Wielka Brytania) — według swojego prawa wewnętrznego — nie przewidują opodatkowania u źródła w stosunku do dywidend płaconych na rzecz udziałowców mających obcą rezydencję podatkową, w przeciwieństwie do odsetek, gdzie taki obowiązek jest obligatoryjny (Becker, 1998, s. 57; Hamaekers, 2002, s. 241). Trzeba jednak pamiętać, że zasadą jest, iż przy płatności wynagrodzenia z tytułu finansowania dłużnego (odsetki) oraz z tytułu otrzymanego kapitału (dywidenda), odbiorcy wskazanych świadczeń muszą analizować potencjalne skutki podatkowe z tytułu podatku u źródła w państwie źródła. Również umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania sprzyjają minimalizacji opodatkowania spółek z tych obciążeń. Ponadto, spółki które posiadają siedzibę na terenie UE mają możliwość, dzięki

przepisom krajowym, które implementowały Dyrektywę 90/435/WE oraz Dyrektywę 2003/49/WE, uniknięcia, albo zminimalizowania opodatkowania podatku u źródła. Alternatywnie, zastosowanie umów o unikaniu podwójnego opodatkowania umożliwia wdrożenie preferencyjnej stawki w podatku u źródła, albo nawet wyłączenie z opodatkowania wynikające z regulacji konkretnych umów o unikaniu podwójnego opodatkowania, które zostały zawarte pomiędzy państwami wypłacającego i otrzymującego wynagrodzenie z tytułu odsetek lub dywidend.

Konkludując, finansowanie za pomocą instrumentu dłużnego lub kapitału wiąże się z analizą konkretnych aspektów podatkowych:

- obowiązek podatkowy w podatku u źródła w związku z wypłatą wynagrodzenia;
- następstwa podatkowe wypłaty wynagrodzenia po stronie wypłacającego wynagrodzenie za finansowanie;
- skutki podatkowe po stronie otrzymującego wynagrodzenie za finansowanie.

Aspekty podatkowe wykorzystania instrumentów hybrydowych

Instrumentami hybrydowymi są przede wszystkim papiery wartościowe, rzadziej pożyczki o pewnych szczególnych cechach nadanych przez strony stosunku cywilnoprawnego.

Podatnicy wykorzystują instrumenty hybrydowe do finansowania przedsiębiorstw z tego powodu, że umożliwiają one osiągnięcie przez emitenta i inwestora korzyści o charakterze ekonomicznym i podatkowym, do których należą:

- 1) uniknięcie ekonomicznego podwójnego opodatkowania dochodu;
- 2) uzyskanie możliwości odroczenia zapłaty podatku od dywidend (odsetek) wypłacanych inwestorowi;
- 3) uzyskanie możliwości zaliczania wypłacanych przez emitenta hybrydowego instrumentu odsetek od kosztów uzyskania przychodów;
- 4) uzyskanie zwolnień i ulg podatkowych przez inwestora.

Podwójne opodatkowanie płatności dokonywanych przez spółki mające siedzibę w jednym państwie spółkom z siedzibą w innym państwie wynika z równoczesnego stosowania dwóch zasad opodatkowania dochodu: zasady rezydencji i zasady źródła. W myśl zasady rezydencji (art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 15 lutego 1992 roku o podatku dochodowym od osób prawnych; DzU 2011, nr 74, poz. 397 z późn. zm.) opodatkowaniu powinny podlegać wszelkie dochody podmiotu mającego siedzibę na terenie danego państwa, bez względu na miejsce powstania danego dochodu. Zasada źródła z kolei umożliwia opodatkowanie wszystkich rodzajów dochodu osiągniętych na terenie danego państwa bez względu na to, gdzie podmiot ma siedzibę.

Wykorzystanie instrumentów hybrydowych do uniknięcia ekonomicznego podwójnego opodatkowania wiąże się z analizą metod unikania podwójnego opodatkowania: metodą zwolnienia (ang. *exemption method*) oraz metodą zaliczenia (ang. *tax credit method*; Banach, 2002, s. 369).

Szczegółowa charakterystyka poszczególnych metod unikania podwójnego opodatkowania nie jest jednak przedmiotem analizy tej publikacji.

Trzeba jednak pamiętać że metody unikania podwójnego opodatkowania są istotnym czynnikiem brany pod uwagę przez spółki przy wyborze formy finansowania przedsiębiorstwa. Pod uwagę brane są: metoda przewidziana w dwustronnej umowie o unikaniu podwójnego opodatkowania, metoda przewidziana w ustawie o podatku dochodowym danego państwa, jak też pewne przepisy szczególne. Do dodatkowych, szczególnych czynników, wpływających na stosowanie przez podatników instrumentów finansowych danego rodzaju, należy rozróżnienie tzw. inwestycji portfelowych i inwestycji bezpośrednich. Rozróżnienie pomiędzy inwestycjami bezpośrednimi a portfelowymi w prawie podatkowym związane jest z wysokością udziału w spółce finansowanej posiadanej przez inwestora.

Inwestycje bezpośrednie są to inwestycje związane z posiadaniem przez spółkę dominującą zazwyczaj od 10 do 30 procent udziałów w spółce zależnej. Dla inwestycji tego typu przewidziana jest niższa stawka podatku od dochodu pobranego u źródła (np. 5 procent zamiast 15 procent podatku pobieranego od wypłacanych inwestorowi dywidend) oraz zwiększenie limitu odliczenia w ramach metody „kredytu podatkowego”. Inwestycje portfelowe są to inwestycje, gdzie wysokość udziałów jest mniejsza od określonego w umowie bilateralnej progu procentowego. Stosowanie hybrydowych instrumentów może umożliwić spółce uzyskanie większej ilości udziałów w spółce finansowanej przy mniejszym zaangażowaniu kapitałowym inwestora i uzyskanie wspomnianych korzyści finansowych.

Wykorzystywanie instrumentów hybrydowych do sfinansowania spółek jest również ściśle związane z analizą pewnych szczególnych instytucji prawa podatkowego, istniejących w pewnych państwach, jak np. zwolnienia kapitałowe (ang. *participation exemption*). Przyznanie takiego zwolnienia spółce eliminuje ekonomiczne podwójne opodatkowanie dochodu osiągniętego przez spółkę zależną. W związku z tym zwolnieniem dochodu z zysków ze sprzedaży majątku (ang. *capital gains*) — pkt 5 Komentarza do Modelu Konwencji OECD (*Model Convention for Avoidance of Double Taxation with Respect to Taxes on Income and on Capital. OECD Committee on Fiscal Affairs, updated on April 29, 2000; including the clarification of December 22, 2000*) — wypłacane przez spółkę zależną zwolnione są od opodatkowania w państwie spółki dominującej (przy spełnieniu szeregu warunków; Dziedzic-Wach, Michaliszyn, 1997, s. 12–14).

Pod pojęciem uzyskiwania przez spółki tzw. podwójnych korzyści podatkowych należy rozumieć taką sytuację, w której podmiot finansowany (emitent hybrydowego instrumentu) emituje obligacje i płatności od tych obligacji są traktowane dla celów podatkowych jako odsetki, natomiast w państwie spółki finansującej te same płatności są uznawane za dywidendy. Z tego rozwiązania wynikają konkretne korzyści dla stron umowy:

1) dla emitenta:

- uzyskanie możliwości zaliczenia odsetek od kosztów uzyskania przychodu;

- zapłata podatku od odsetek potrąconego u źródła według stawki relatywnie niższej niż stawka podatku pobieranego w przypadku wypłaty dywidend (jest to korzystne zwłaszcza dla inwestora);
- możliwe faktyczne zwolnienie odsetek od podatku w państwie źródła płatności, o ile umowa o unikaniu podwójnego opodatkowania zawarta między państwem emitenta i inwestora przewiduje stawkę zero procent dla wypłacanych odsetek;
- 2) dla inwestora:
- możliwość uzyskania zwolnienia dywidend od podatku w państwie inwestora, o ile takie zwolnienie przewiduje wewnętrzne prawo państwa inwestora (związane jest to z uniknięciem ekonomicznego podwójnego opodatkowania dywidend wypłacanych przez spółkę zależną spółce dominującej);
- korzyści związane z możliwością odliczenia podatku pobranego od odsetek w państwie źródła płatności.

Z problematyką uzyskania możliwości zaliczania wypłacanych przez emitenta hybrydowego instrumentu odsetek od kosztów uzyskania przychodów, związane jest również zagadnienie tzw. *double dip*. Może to zostać osiągnięte w najprostszy sposób w sytuacji, gdy pożyczka zostaje udzielona spółce umiejscowionej w państwie stosującym niedozwoloną konkurencję podatkową (w tzw. oazie podatkowej) oraz, gdy wykorzystana zostanie spółka traktowana w państwie inwestora jako spółka nie posiadająca osobowości prawnej, a w państwie spółki finansowanej jako osoba prawna dla celów podatkowych (tzw. hybrydyzacja osobowości prawnej).

Korzystniejsze, ze względu na mniejsze ryzyko zakwestionowania transakcji przez władze podatkowe o nałożenia kreślonych sankcji podatkowych, jest podjęcie przez podatników próby odsunięcia zapłaty podatku w czasie. Odsunięcie podatku w czasie jest najczęściej związane ze stosowaniem pożyczek (obligacji) o odroczonej płatności: przede wszystkim obligacji z dyskontem.

Podatnicy starają się m.in. w taki sposób dokonać sfinansowania przedsiębiorstwa, aby w systemie podatkowym, w którym podmiot wypłacający odsetki ma siedzibę (zarząd), możliwe było zaliczenie wypłaty odsetek spółce finansowanej do kosztów uzyskania przychodów przyszłych okresów (na zasadzie memoriałowej, czyli według zasady, zgodnie z którą za koszty uzyskania przychodu uważa się także koszty, które zostaną poniesione w następnych okresach sprawozdawczych spółki, a które nie zostały jeszcze faktycznie poniesione), a podatek od tych płatności był pobierany dopiero w momencie faktycznej wypłaty odsetek (Hundsdoerfer, Jamróży, 1999, s. 15).

Rodzaje instrumentów hybrydowych i ich konsekwencje prawo-podatkowe

W ramach konstrukcji instrumentów hybrydowych istnieje wiele ich rodzajów. Oczywiście nie sposób wymienić wszystkie ze względu na ich liczebność i różnorodność. Warto jednak wspomnieć o kilku najważniejszych, które mają istotny związek z papierami wartościowymi na gruncie polskiego ustawodawstwa podatkowego:

- obligacje zamienne na akcje,
- obligacje z dyskontem,
- obligacje partycypacyjne.

Obligacje partycypacyjne

W Polsce jeżeli obligacja przyznaje obligatariuszowi prawo do udziału w zysku emitenta, szczegółowe warunki i zasady udziału powinny być określone w warunkach emisji, a tekst tych warunków powinien być złożony w sądzie rejestrowym właściwym dla emitenta. Obligacje partycypacyjne oraz pożyczki przyznające inwestorowi udział w zyskach spółki finansowanej są hybrydowymi instrumentami podatkowymi z tego powodu, że udział w zyskach jest cechą charakterystyczną dla kapitału akcyjnego.

Obligacje z dyskontem

Ten rodzaj obligacji zwany również obligacjami dyskontowymi lub obligacjami o odroczonym terminie płatności (ang. *zero-coupon bonds*), emitowane są z dyskontem w stosunku do ich wartości nominalnej. Dyskonto stanowi różnicę pomiędzy wartością nominalną a niższą od niej ceną emisyjną obligacji i z ekonomicznego punktu widzenia stanowi cenę, którą emitent płaci za prawo korzystania z kwoty kapitału od chwili zakupu papieru wartościowego do czasu jego spłaty. Nabywca obligacji płaci zatem za obligację jej wartość nominalną, pomniejszoną o należne w przyszłości oprocentowanie. Dla kwestii hybrydyzacji obligacji o odroczonym terminie płatności istotne jest określenie terminu opodatkowania odsetek od tych obligacji. Inwestor płaci podatek od dyskonta według zasady kasowej — włącza dyskonto do podstawy opodatkowania, gdy dyskonto zostaje wypłacone a obligacja wykupiona (Pismo Ministerstwa Finansów z dnia 2 października 1995 r., nr PO 4/MS-722-608/95). Odmienny pogląd wyrażony jest w doktrynie prawa podatkowego (Bem, 1996, s. 14). Ze względu na fakt, że dopiero w momencie wykupu obligacji obligatariusz otrzymuje oprocentowanie pod postacią dyskonta, ryzyko ponoszone przez obligatariusza zbliża się raczej do ryzyka, jakie ponosi spółka inwestująca w akcje (Duncan, 2000, s. 25).

Obligacje zamienne na akcje

Spółka może emitować w Polsce obligacje uprawniające do objęcia akcji emitowanych przez spółkę w zamian za te obligacje (obligacje zamienne). Obligacje zamienne na akcje stosowane są przez spółki z wielu powodów o charakterze ekonomicznym, a w tym i podatkowym:

- konstrukcja prawna tych obligacji uniemożliwia w praktyce dokonanie zmiany ich klasyfikacji dla celów podatkowych;
- możliwość uzyskania niskiej stawki podatku od dochodu pobranego u źródła lub też brak opodatkowania wypłacanych inwestorowi odsetek w związku z przepisami umów w sprawie zapobieżenia podwójnemu opodatkowaniu;
- możliwość uzyskania odroczenia zapłaty podatku związanego z wymianą obligacji na akcje przez obligatariusza do czasu sprzedaży akcji;

– możliwość uzyskania zwolnień przewidzianych dla wypłacanych inwestorowi dywidend.

Obligacje zamienne emitowane są najczęściej w sytuacji (ocenając jedynie zagadnienia podatkowe związane z emisją), gdy odpowiednia umowa w sprawie zapobieżenia podwójnemu opodatkowaniu przewiduje stawkę zero procent dla odsetek wypłacanych spółce finansującej, zwłaszcza gdy obligatariusz na podstawie przepisów prawa podatkowego ma możliwość uzyskania odroczenia zapłaty podatku od momentu wymiany obligacji na akcje do czasu sprzedaży akcji.

Trzeba jednocześnie pamiętać, iż hybrydyzacja obligacji zamiennych na akcje związana jest z tym, że obligatariusz już w chwili zakupu obligacji otrzymuje gwarancję możliwości skorzystania z przyznanego mu prawa zamiany (Romanowski, 1996, s. 448). Obligacje zamienne są zatem instrumentami hybrydowymi od czasu, kiedy obligacja daje inwestorowi prawo do jej zamiany na akcje. Stanowisko to jest w pełni potwierdzone przez doktrynę prawa podatkowego wielu państw członkowskich (Wttendorff, Banner-Voigt, 2000, s. 5).

Organy skarbowe w większości państw członkowskich dostrzegają możliwość wykorzystywania hybrydowych instrumentów finansowych do unikania opodatkowania (ang. *tax avoidance*). Organy skarbowe w związku z tym, uznają stosowanie takich papierów wartościowych jako obejście prawa podatkowego. Trzeba jednak pamiętać, że niezmierne trudne jest udowodnienie, że podatnicy stosujący instrumenty hybrydowe zamierzają obejść prawo podatkowe. W wielu systemach podatkowych stosowane są przez administrację podatkową i przez prawodawcę środki o różnym charakterze, zmierzające do zapobieżenia ewentualnemu wykorzystywaniu hybrydowych instrumentów finansowych dla zmniejszenia obciążeń podatkowych stron umowy emisji papierów wartościowych.

Dokonanie zmiany ustawodawstwa

Jest metoda rekomendowana przez OECD jako środek umożliwiający zapobieżenie opodatkowania przy wykorzystaniu hybrydowych instrumentów finansowych. Przykładem państwa, które dokonało zmiany przepisów prawa podatkowego w związku ze stosowaniem przez podatników hybrydowych instrumentów finansowych jest Holandia (van der Stock, 2002, s. 35–39; de Roos, Broers, 2002, s. 21–24).

Wprowadzanie szczególnych przepisów umów w sprawie zapobieżenia unikaniu podwójnego opodatkowania

Regulacje zapobiegające unikaniu opodatkowania, w związku ze stosowaniem przez spółki instrumentów hybrydowych zawarte w umowach w sprawie zapobieżenia unikaniu podwójnego opodatkowania, znajdują się najczęściej w protokołach do tych umów. Spośród ratyfikowanych przez Polskę umów bilateralnych jedynie w polsko-niemieckiej umowie w sprawie zapobiegania podwójnemu opodatkowaniu można znaleźć przepis, który ma na celu zapobieżenie wykorzystywaniu przez podatników hybrydowych instrumentów finansowych do zmniejszenia obciążeń podatkowych. Punkt 3 protokołu do umowy pomiędzy

Rzeczpospolitą Ludową a Republiką Federalną Niemiec w sprawie zapobieżenia podwójnemu opodatkowaniu w zakresie podatków od dochodu i majątku z dnia 18 grudnia 1972 r. (DzU 1975, nr 31, poz. 163 z późn. zm.) był przedmiotem dyskusji w polskiej doktrynie prawa podatkowego oraz wśród praktyków zajmujących się dziedziną podatkową w związku z trzema wyrokami Naczelnego Sądu Administracyjnego dotyczących tego przepisu. W szczególności: wyrok NSA z dnia 15 października 1998 r. (SA/Sz 1892/97 cytowany w: *Przegląd Orzecznictwa Podatkowego*, 2001, nr 1, poz. 18; Nita, 2001, s. 93; Modzelewski, 2001, s. C3; Jeśkiewicz, 2000, s. 12–13; Jamróży, 2001, s. 14–17).

Inną regulacją prawnopodatkową, która jest skierowana przeciw unikaniu podwójnego opodatkowania w związku ze stosowaniem instrumentów hybrydowych przez spółki, znaleźć można w umowie w sprawie zapobieżenia podwójnemu opodatkowaniu z dnia 29 sierpnia 1989 r., zawartej między Niemcami a Stanami Zjednoczonymi Ameryki. Jest to tzw. klauzula *switch over*, a jej celem jest zmiana metody zapobiegania podwójnemu opodatkowaniu przewidzianej w prawie krajowym w przypadku, kiedy dochodzi do ekonomicznego podwójnego opodatkowania mimo stosowania przewidzianej w prawie krajowym metody oraz kiedy podatnicy dokonują czynności prawnych w celu uzyskania tzw. podwójnych korzyści podatkowych, a taka sytuacja nie może zostać usunięta przy pomocy zwykłej procedury porozumienia pomiędzy organami podatkowymi obu państw, przewidzianej w umowie bilateralnej.

Wydanie (wewnętrznych) wytycznych organów podatkowych dotyczących charakterystyki papierów wartościowych dla celów podatkowych

Istotnym wzorem wytycznych organów skarbowych, których celem jest „wyjaśnienie” kryteriów przeklasyfikowania papierów wartościowych, będących hybrydowymi instrumentami finansowymi przez organ administracji podatkowej są pisma wydane przez amerykańskie organy skarbowe, dotyczące m.in. klasyfikacji podatkowej obligacji długoterminowych i obligacji podlegających wykupowi według wartości należności głównej uzależnionej od wartości indeksów giełdowych (Orenstein, Overman, 2000, s. 184; Beattie, Overman, 2000, s. 142–143; O'Donnell, Rothenberg, 2002, s. 51–52).

Wprowadzenie zakazu wydawania odpowiedzi na pytania podatników dotyczące hybrydowych instrumentów finansowych

Wprowadzenie oficjalnego zakazu wydawania indywidualnych opinii (ang. *advance tax rulings*) na temat traktowania przez organy podatkowe hybrydowych instrumentów finansowych w związku z zamiarem przeprowadzenia konkretnej transakcji jest wyrazem zdecydowanej dezaprobaty władz podatkowych dla wykorzystywania papierów wartościowych tego typu, niezależnie od ekonomicznej zasadności ich stosowania do finansowania spółek. Przykładem państwa, w którym przyjęto taką praktykę jest Holandia. Tam już od 1998 roku przyjęto stanowisko, iż wydawanie takich odpowiedzi przez organy podatkowe można uznać za „niewłaściwe”; oficjalne potwierdzenie

takiego stanowiska zostało wyrażone w pismach holenderskich Sekretarza Stanu do Spraw Finansów z dnia 26 kwietnia 2000 r. i z dnia 30 marca 2001 roku (Pijl, Hhlen, 2001, s. 614–629; Moor, 2000, s. 34).

Doktryny orzecznicze

Warto również zwrócić uwagę, na istnienie doktryn orzeczniczych, które pozwalają na dokonanie zmiany klasyfikacji papierów wartościowych dla celów podatkowych (dotyczy to zarówno systemu anglosaskiego prawa, jak i systemu kontynentalnego, gdzie taką rolę pełni doktryna obejścia prawa podatkowego). Spośród anglosaskich doktryn orzeczniczych największe znaczenie dla klasyfikacji hybrydowych instrumentów finansowych mają:

- doktryna nadrzędności treści nad formą czynności prawnej (ang. *substance over form*), która jest odzwierciedleniem przyjęcia zasady oceny papieru wartościowego zgodnie z jego funkcją ekonomiczną. Zgodnie z tą doktryną w tych sytuacjach, w których podatnik wybiera formy czynności prawnej dogodne ze względów podatkowych, „maskując” zjawiska gospodarcze, które powinny podlegać opodatkowaniu, należy opodatkować taką czynność prawną zgodnie z jej treścią gospodarczą (Brzeziński, 1996, s. 24–25);

- doktryna celu gospodarczego (ang. *bussines purpose*), która charakteryzuje się w ten sposób, że sąd może nie uznać za skuteczną na gruncie prawa podatkowego czynności prawnej, podjętej przez podatnika, jeśli nie służy ona realizacji jakiegokolwiek celu gospodarczego, a podjęta została wyłącznie w celu obniżenia obciążenia podatkowego, bądź w celu uniknięcia podatków w ogóle (Brzeziński, 1996, s. 28);

- doktryna *step transaction*, która pozwala sądom na traktowanie szeregu następujących po sobie (formalnie odrębnych) transakcji gospodarczych jako transakcji pojedynczej, pod warunkiem, że poszczególne transakcje były ze sobą powiązane i ukierunkowane na osiągnięcie z góry zamierzonego celu (Brzeziński, 1996, s. 28).

Doktryna obejścia prawa podatkowego

Trzeba natomiast pamiętać, że w systemie kontynentalnym, a w tym — polskim systemie podatkowym, istotne znacznie odgrywa doktryna obejścia prawa podatkowego (Litwińczuk, 1999, s. 3–5). W myśl orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego organy podatkowe mają obowiązek w szczególności badać, czy podatnik nie ukrywa rzeczywistej treści czynności prawnej (wyrok NSA z dnia 22 maja 1997 r., I SA/Po 1052/96, w: LEX, nr 29354; wyrok NSA z dnia 6 listopada 1998 r., I SA/Ka 2274/96 i I SA/Ka 2275/96, w: Biuletyn Skarbowy 1999, nr 4, s. 20–30) oraz czy dokonując czynności prawnej nie ma na celu uniknięcia opodatkowania (badanie zamiaru podatnika) — (uchwała NSA z dnia 4 czerwca 2001 r., FPS 14/00, w: Orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego 2001, nr 4, s. 147; wyrok NSA z dnia 17 lipca 1998 r., III SA 683/97, LEX nr 36207; wyrok NSA z dnia 17 lutego 1998 r., SA/Rz 1678/96, LEX nr 32739).

W uzasadnieniu do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 16 lutego 1995 roku (SA/Kr 2432/94, nie publ.) wyrażono stanowisko, że *kwalityfikowanie umów nie może być pozostawione subiektywnemu pogładowi stron*

umowy, co zupełnie nie koliduje z wolą stron w zakresie kształtowania wzajemnych stosunków. Obiektywny charakter tych stosunków może natomiast być przedmiotem oceny organów podatkowych w oparciu o treść umowy, niezależnie od jej nazwy. W uchwale Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 4 czerwca 2001 (FPS 14/00) uznano, że umowy cywilnoprawne powinny być w pierwszej kolejności ocenione pod względem zgodności ich nazwy z treścią; w tej fazie badania organy podatkowe mogą brać pod uwagę wszelkie kryteria, a w szczególności zamiar stron i cel umowy.

Na podstawie przytoczonych orzeczeń Naczelnego Sądu Administracyjnego można uznać, że doktryna obejścia prawa podatkowego w polskim systemie podatkowym może zostać wykorzystana przez organy podatkowe do zmiany oceny charakteru prawnego hybrydowego instrumentu finansowego. Organy skarbowe mają skłonność traktować stosowanie przez podatników hybrydowych instrumentów finansowych jako próbę unikania opodatkowania. Ze względu na to, że stosowanie hybrydowych instrumentów finansowych przez spółki jest zgodne z prawem wewnętrznym państwa emitenta i inwestora oraz z przepisami właściwych umów o unikaniu podwójnego opodatkowania, obejście prawa podatkowego jest w polskim systemie podatkowym jedynym sposobem na zmianę klasyfikacji instrumentu finansowego dla celów podatkowych.

Literatura

- Banach, J. (2002). *Polskie umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.
- Beattie, J., Overman, E. (2000). US Internal Revenue Service continues attack on corporate tax shelters, *Intertax* 3(28), 142–143.
- Becker, H. (1998). The Arm's Length Principle and the Reasonable Businessman. *Tax Planning International* (8), 57.
- Bem, R. (1996). Przychody z tytułu dyskonta papierów wartościowych *Biuletyn Instytutu Studiów Podatkowych — Doradztwo Podatkowe*, (2), 14.
- Brzeziński, B. (1996). *Anglosaskie doktryny orzecznicze dotyczące unikania opodatkowania*. Toruń: TNOiK.
- Brzeziński, B., Hayder, R. (1997). Niedostateczna kapitalizacja spółek kapitałowych. *Monitor Podatkowy*, (2), 34.
- de Roos, I., Broers, M. (2002). Hybrid loans under Dutch tax law. *Tax Planning International Review*, 3(29), 21–24.
- Dłuska, R., Kubińska, J. (1998). Dokumentowanie cen w transakcjach pomiędzy podmiotami powiązаныmi. *Ceny transferowe. Przegląd Podatkowy*, (7), 36–37.
- Duncan, J.A. (2000). *General report on Tax treatment of hybrid financial instruments in cross-border transactions (w:) Tax treatment of hybrid financial instruments in cross border transactions. Vol. LXXXVa*. Hague–London–Boston: Cahiers de droit fiscal international.
- Dziedzic-Wach, M., Michaliszyn, A. (1997). Participation exemption — zwolnienie kapitałowe. *Przegląd Podatkowy*, (11), 12–14.
- Fiszler, J. (2009). Jaka jest istota tzw. podmiotów i instrumentów hybrydowych w prawie podatkowym?. *Gazeta Prawna*, (24), 21–23.
- Fuest, C., Hemmelgarn, T. (2005). Corporate Tax policy, foreign firm ownership and thin capitalization. *Regional Science and Urban Economics*, 35(5), 520–521.
- Głuchowski, J. (1996). *Oazy podatkowe*. Warszawa: Wydawnictwo ABC.
- Hamaekers, H. (2002). *Presumptive Taxation of Multinational Enterprises? W: Pro Publico Bono, liber amicorum professor Jan Gluchowski*. Toruń: TNOiK.
- Hundsdoerfer, J., Jamróży, M. (1999). Wpływ podatków na decyzje finansowe przedsiębiorstwa. *Przegląd Podatkowy*, (12), 15.
- IBFD. (2005). *International Tax Glossary*. Amsterdam: IBFD.
- Jamróży, M. (2001). Opodatkowanie u źródła dywidend i odsetek wypłacanych przedsiębiorcom niemieckim. *Przegląd Podatkowy*, (3), 14–17.
- Jeśkiewicz, K. (2000). Opodatkowanie odsetek wypłacanych do Niemiec. *Przegląd Podatkowy*, (11), 12–13.
- Kolb, R. (1997). *Wszystko o instrumentach pochodnych*. Warszawa: WIG-Press.
- Litwińczuk, H. (1999). Obejście prawa podatkowego w świetle doświadczeń międzynarodowych. *Przegląd Podatkowy* 9, 3–5.
- McBride, J. (2000). *Instrumenty pochodne. Przewodnik menedżera*. Warszawa: WIG-Press.
- Modzelewski, K. (2001). Cicha spółka i pożyczka partycypacyjna. *Rzeczpospolita*, 95(5868), C3.
- Moor, M. (2000). Hybrid financial instruments and entities. *The Netherlands. Tax Planning International Review*, 7(27), 34.
- Niels, J. (2010). Imperfect tax competition for profits, asymmetric equilibrium and beneficial tax havens. *Journal of International Economics*, 81(2), 255.
- Nita, A. (2001). Głosa do wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 15 października 1998 r. (SA/Sz1892/97). *Przegląd Orzecznictwa Podatkowego*, (1), 93.
- O'Donnell, J., Rothenberg, R. (2002). Guidance on cross-border hybrid instruments. *Intertax*, 1(30), 51–52.
- Orenstein, L., Overman, E. (2000). US Internal Revenue Service raises questions about equite-linked notes. *Intertax*, 4(28), 184.
- Pfeiffer, T., Schiller, U., Wagner, J. (2011). Coast-based transfer pricing. *Review of Accounting Studies*, 16(2), 220–222.
- Pijl, H., Hhlen, W. (2001). The new advance rulings agreement and advance tax ruling practice in the Netherlands. *Bulletin for International Fiscal Association*, (12), 614–629.
- Raport IBFD. (2004). Classification Conflicts: The Cross-Border Tax Treatment of the Profit Share of Limited Partners, *European Taxation*, 44(4), 49–53.
- Raport IBFD. (2007). *Fundamentals of International Tax Planning*. Amsterdam, 71–73.
- Romanowski, M. (1996). Podwyższenie kapitału akcyjnego spółki publicznej w drodze zamiany obligacji na akcje. *Monitor Prawniczy* 12, 448.
- van der Stock, E. (2002). Changes to Corporate Income Tax Act: new rules on hybrid debt. *Derivatives & Financial Instruments*, 1(4), 35–39.
- Wells, A. (1993). Current Developments with Thin Capitalization. *The Tax Journal*, (3), 9.
- Wilson, J.D. (1999). Theories of tax competition, *National Tax Journal*, (52), 269–304.
- Wttendorff, J., Banner-Voigt, E. (2000). Taxation of hybrid instruments. Denmark. *Derivatives & Financial Instruments*, 1(2), 5.

Konkluzje

Trzeba jednak pamiętać o tym, że podatnicy dokonują emisji hybrydowych instrumentów finansowych dla osiągnięcia celów o charakterze ekonomicznym. Decyzja o sfinansowaniu przedsiębiorstwa, zwiększeniu płynności finansowej emitenta itd. wynika zawsze z pobudek podyktowanych obiektywnymi okolicznościami o charakterze ekonomicznym. Dopiero decyzja związana z zastosowaniem konkretnego hybrydowego instrumentu finansowego oraz ewentualne ukształtowanie struktury finansowania, wiążące się nawet z formalną rejestracją dodatkowej spółki lub spółek, może być podyktowane względami m.in. podatkowymi. Również w tym ostatnim przypadku niezmiennie rzadko się zdarza, aby podatnicy podejmowali decyzje o wyborze instrumentu finansowego wyłącznie ze względu na ewentualne preferencje podatkowe.

Mając to na względzie konieczne jest skonstatowanie, iż to władze podatkowe nie mogą przyjmować swoistego domniemania próby unikania opodatkowania w związku ze stosowaniem hybrydowych instrumentów finansowych. Zmiana charakteru prawnego papieru wartościowego dla celów podatkowych powinna być dokonywana przez organy skarbowe jedynie w szczególnych przypadkach. W każdej sytuacji władze podatkowe muszą udowodnić, że celem podatnika było obejście prawa podatkowego.

Cash-pooling — konsekwencje w podatku od towarów i usług oraz podatku od czynności cywilnoprawnych (część 1)

VAT and tax on law transaction consequences on cash pooling agreement (part 1)

dr Jowita Pustuł

Streszczenie

Przystąpienie do systemu cash pooling wiąże się z powstaniem istotnych skutków podatkowych. Należy zauważyć, że postanowienia poszczególnych umów cash poolingowych mogą się różnić. *Cash pooling* może być tzw. cash poolingiem wirtualnym (któremu nie towarzyszą faktyczne transfery środków finansowych między uczestnikami) lub rzeczywistym (z którym związane są wpływy i wypływy środków finansowych między rachunkami uczestników). Uczestnicy systemów cash-poolingowych mają wątpliwości, czy umowa cash poolingowa powinna być uznana za rodzaj umowy pożyczki i w konsekwencji opodatkowana podatkiem od czynności cywilnoprawnych. Nie mają też pewności, czy spółki uczestniczące w systemie cash poolingowi powinny być uznawane za podatników VAT, czy usługi wykonywane przez pool leadera powinny być zwolnione z opodatkowania VAT, itp. W artykule omówione zostały konsekwencje podatkowe związane zawarciem umowy cash poolingowi w podatku od czynności cywilnoprawnych i podatku od towarów i usług.

Słowa kluczowe:

cash pooling, zarządzanie gotówką, VAT, podatek od czynności cywilnoprawnych, podmioty powiązane.

Summary

Cash pooling can have significant tax implications. It should be noted that cash pooling agreements may be structured in a variety of ways including notional cash pooling (where there is no actual transfer of money between cash pool participants) and zero-balancing cash pooling (where there may be actual inflow and outflow of cash to and from the accounts of particular pool members). Cash pooling participants have doubts if the cash pooling agreement should be treated as a loan agreement and being subject to tax on civil law transactions. They are also not certain if cash pooling participants should be considered as VAT taxpayers, if pool leader's services should be subject to exemption from VAT, etc. The purpose of this article is to present the tax implications of the cash pooling agreement in the context of Polish regulations concerning VAT and tax on civil law transactions.

Key words:

cash pooling, cash management, VAT, tax on civil law transactions, related entities.

1. Wprowadzenie

Cash pooling jest narzędziem pozwalającym na zarządzanie środkami finansowymi spółek należących do tej samej grupy kapitałowej. Polega on na łączeniu sald wykazywanych na rachunkach bankowych poszczególnych spółek powiązanych. Umowy cash poolingowe należą do umów nienazwanych dlatego też postanowienia poszczególnych umów cash poolingowych mogą się różnić. Co do zasady w literaturze przedmiotu wyróżnia się dwa rodzaje cash poolingowi:

- zero-balancing cash pooling, nazywany też cash poolingiem rzeczywistym oraz
- notional cash pooling, nazywany też cash poolingiem wirtualnym (Zwyrtek, 2006, s. 25; Kennedy, McGinty i McNally, 2008, s. 33).

Niektórzy autorzy, w ramach cash poolingowi rzeczywistego, wyodrębniają dodatkowo dwa podtypy: *cash pooling* zakładający pełną konsolidację sald prowadzącą do pełnego „wyzerowania” sald dodatnich i ujemnych uczestników oraz *cash pooling* zakładający jedynie częściową konsolidację sald prowadzącą do pozostawienia na rachunkach uczestników z góry założonego salda dodatniego (Majdowski, 2014, s. 24–32).

Niezależnie od rodzaju cash poolingowi spółki uczestniczące w takiej strukturze zakładają indywidualne rachunki bankowe w banku wybranym przez grupę kapitałową, do której należą. Jedną ze spółek uczestniczących w strukturze cash poolingowi (najczęściej spółka matka) wybierana jest na tzw. pool leadera zwanego też agentem. Pool leader zarządza płynnością finansową wszystkich spółek należących do grupy. Zobowiązuje się on z reguły do całościowej obsługi systemu cash poolingowi polegającej w szczególności na zapewnieniu finansowania spółkom wykazującym na rachunku bankowym saldo ujemne, a także na zagospodarowaniu nadwyżek środków pieniężnych wykazywanych przez spółki posiadające na rachunku bankowym saldo dodatnie. Czynności zarządzania płynnością finansową są wykonywane przez pool leadera odpłatnie lub nieodpłatnie, w zależności od ustaleń przyjętych przez spółki. Ustalenia te zależą w dużym stopniu od tego, czy pool leader wykonuje samodzielnie czynności polegające na obliczaniu wysokości odsetek należnych spółkom wykazującym salda dodatnie i odsetek należnych od spółek wykazujących salda ujemne, czy też czynności te deleguje na bank.

W wypadku cash poolingowi rzeczywistego dla pool leadera zakładany jest rachunek bankowy, na który spółki wykazujące na rachunku salda dodatnie wpłacają nadwyżki

finansowe i z którego środki pieniężne przekazywane są spółkom wykazującym salda ujemne. Transfery środków pieniężnych między rachunkami bankowymi są dokonywane w ustalonych przez grupę okresach rozliczeniowych (często codziennie) tak, aby na koniec okresu rozliczeniowego na indywidualnym rachunku bankowym każdego uczestnika systemu wykazane zostało umówione saldo (z reguły saldo zerowe), zaś rachunek bankowy pool leadera odzwierciedlał stan środków finansowych netto całej grupy kapitałowej. Jeśli na koniec okresu rozliczeniowego na rachunku pool leadera wykazywane jest saldo dodatnie pool leader otrzymuje od banku odsetki, których wysokość negocjuje z bankiem. W sytuacji odwrotnej to pool leader płaci odsetki na rzecz banku. Pool leader dokonuje następnie rozliczeń ze spółkami uczestniczącymi w cash pooling. Spółka uczestnicząca w systemie cash pooling wykazująca na koniec okresu rozliczeniowego nadwyżki finansowe za ich ulokowanie na rachunku pool leadera otrzymuje od pool leadera odsetki. Uczestnik cash pooling, który wykazuje na koniec okresu rozliczeniowego saldo ujemne otrzymuje przelew z rachunku pool leadera w zamian za co płaci odsetki na rzecz pool leadera. Co istotne dla dalszych rozważań, wykazywany przez tego uczestnika cash pooling debet zostaje uzupełniony przy wykorzystaniu środków przelanych na rachunek pool leadera przez inne spółki należące do grupy, które w danym okresie rozliczeniowym wykazały nadwyżki finansowe.

Systemowi cash pooling wirtualnego nie towarzyszą faktyczne transfery środków pieniężnych między rachunkami spółek należących do grupy. Rachunki wszystkich spółek uczestniczących w systemie cash pooling wirtualnego bank traktuje jako jedną, wirtualnie skonsolidowaną całość. W związku z tym, jeśli — po dokonaniu takiej wirtualnej konsolidacji — grupa wykazuje nadwyżki finansowe otrzymuje od banku odsetki. Odsetki te bank przekazuje albo od razu każdej ze spółek, która wykazała saldo dodatnie, albo przekazuje je pool leaderowi, który następnie przekazuje odsetki spółkom, wykazującym saldo dodatnie. Gdy na skonsolidowanych wirtualnie rachunkach spółek powiązanych wykazane zostaje saldo ujemne, wówczas spółki wykazujące debet płacą odsetki na rzecz banku. Odsetki te płacone są na rzecz banku bezpośrednio przez każdą ze spółek lub za pośrednictwem pool leadera.

Niezależnie od rodzaju cash pooling konsolidacja środków finansowych posiadanych przez wszystkie spółki należące do grupy pozwala na uzyskanie wielu korzyści. W literaturze przedmiotu zwraca się uwagę na cztery podstawowe przyczyny, dla których spółki decydują się na wdrożenie systemu cash pooling. Po pierwsze wykorzystuje się go do obniżenia kosztów bankowych (kosztów transakcyjnych), które powstają w sytuacji, gdy każda ze spółek posiada własny, indywidualny rachunek bankowy i przelewa środki finansowe na rachunek indywidualny należący do innej spółki. Po drugie uczestnicy cash pooling, gromadząc nadwyżki finansowe wszystkich podmiotów na jednym rachunku i wykorzystując ekonomię skali mają możliwość wynegocjowania z bankiem wyższych odsetek od posiadanych nadwyżek finansowych. Po trzecie, cash pooling pozwala lepiej kontrolować płynność poszczególnych spółek powiązanych, jak i grupy kapitałowej jako całości. Po czwarte system ten pozwala na ograniczenie

kosztów związanych z dofinansowywaniem spółek wykazujących niedobory finansowe. Spółki, które potrzebują dofinansowania otrzymują je w pierwszej kolejności ze środków pochodzących z nadwyżek finansowych innych uczestników systemu cash pooling. Nie muszą zatem płacić odsetek od kredytów, których wysokość jest zawsze wyższa od odsetek oferowanych od lokat (Rafio, Van der Breggen, Albero i Moelands, 2010, s. 18).

Najczęściej na zarządzanie środkami finansowymi za pomocą struktur cash poolingowych decydują się spółki należące do dużych, międzynarodowych, grup kapitałowych. Ilość interpretacji podatkowych dotyczących cash poolingowi świadczy o tym, że coraz częściej w strukturach cash poolingowych uczestniczą również polskie spółki. Mimo że polskie spółki coraz częściej zawierają umowy cash poolingowe wciąż mają trudności z ustaleniem skutków podatkowych związanych z przystąpieniem do systemu cash pooling. W ustawach podatkowych nie ma bowiem regulacji odnoszących się wprost do cash pooling.

2. Podatek od czynności cywilnoprawnych

W art. 1 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 9 września 2000 r. o podatku od czynności cywilnoprawnych (DzU 2010, nr 101, poz. 649 ze zm., dalej: u.p.c.c.) wymienione zostały umowy podlegające opodatkowaniu tym podatkiem. Zgodnie z tym przepisem opodatkowaniu podatkiem od czynności cywilnoprawnych podlegają następujące umowy:

- umowy sprzedaży oraz zamiany rzeczy i praw majątkowych,
- umowy pożyczki pieniędzy lub rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku,
- umowy darowizny — w części dotyczącej przejęcia przez obdarowanego długów i ciężarów albo zobowiązań darczyńcy,
- umowy dożywocia,
- umowy o dział spadku oraz umowy o zniesienie współwłasności — w części dotyczącej spłat lub dopłat,
- ustanowienie hipoteki,
- ustanowienie odpłatnego użytkowania, w tym nieprawidłowego, oraz odpłatnej służebności,
- umowy depozytu nieprawidłowego,
- umowy spółki.

W literaturze przedmiotu panuje zgoda co do tego, że katalog czynności podlegających opodatkowaniu podatkiem od czynności cywilnoprawnych jest katalogiem zamkniętym (Chustecka, 2010, s. 18; Mariański i Strzelec, 2007, s. 16). Jak słusznie podkreśla się w judykaturze zamknięty charakter katalogu czynności prawnych obciążonych podatkiem od czynności cywilnoprawnych wyklucza jakąkolwiek możliwość opodatkowania umów niezajmujących swojego dokładnego odpowiednika wśród tych wymienionych w art. 1 ust. 1 u.p.c.c., nawet gdyby faktycznie łączyły one w sobie pewne elementy kilku umów nazwanych, podlegających podatkowi. W związku z tym, aby odpowiedzieć na pytanie, czy umowa cash pooling podlega opodatkowaniu podatkiem od czynności cywilnoprawnych należy zastanowić się nad tym, czy można ją uznać za jedną z umów wymienionych w art. 1 ust. 1 pkt 1 u.p.c.c., w szczególności za umowę pożyczki?

Essentialia negotii umowy pożyczki określone zostały w art. 720 § 1 Kodeksu cywilnego (DzU 2014, nr 121 ze zm., dalej: Kc). Zgodnie z tym przepisem przez umowę pożyczki dający pożyczkę zobowiązuje się przenieść na własność biorącego określoną ilość pieniędzy albo rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku, a biorący zobowiązuje się zwrócić tę samą ilość pieniędzy, albo tę samą ilość rzeczy tego samego gatunku i tej samej jakości. Aby daną umowę uznać za umowę pożyczki nie jest przy tym niezbędne jednoznaczne i dokładne posłużenie się sformułowaniami, użytymi w tym przepisie. Rzeczywiste znaczenie i wola stron umowy może być ustalona w oparciu o art. 65 § 2 Kc (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 listopada 2011 r., sygn. III CSK 38/11). W związku z tym, niezależnie od stosowanej w umowie cash poolingu nomenklatury, należy zastanowić się nad tym, czy jej uczestnicy wyrażają wolę udzielania sobie pożyczek. Należy przy tym pamiętać o tym, że postanowienia poszczególnych umów cash poolingowych mogą się różnić. W związku z tym, w zależności od przyjętych przez strony danej umowy postanowień, konsekwencje podatkowe zawarcia umowy cash poolingowej mogą być różne (Jurkiewicz, 2008, s. 15).

W wypadku umowy cash poolingu wirtualnego nie powinno być wątpliwości co do tego, że umowa ta może być uznawana za umowę pożyczki zawieraną między uczestnikami systemu cash poolingowego. Jak zaznaczano na wstępie, cash pooling wirtualny nie jest związany z dokonywaniem transferów środków pieniężnych między rachunkami poszczególnych spółek. Dochodzi wyłącznie od wirtualnej konsolidacji sald uczestników tego systemu. Wirtualna konsolidacja sald jest dokonywana przez bank obsługujący grupę spółek powiązanych.

W wypadku zaś umowy cash poolingu rzeczywistego sytuacja wygląda inaczej. Środki pieniężne są bowiem faktycznie przelewane między rachunkiem bankowym należącym do pool leadera a indywidualnymi rachunkami bankowymi należącymi do poszczególnych spółek. Analiza postanowień typowej umowy cash poolingu rzeczywistego, która zakłada świadczenie kompleksowej usługi zarządzania środkami finansowymi, prowadzi jednak do wniosku, że również tego rodzaju umowa nie spełnia warunków koniecznych do uznania jej za umowę pożyczki. Po pierwsze warto zauważyć, że spółki uczestniczące w systemie cash poolingu nie zawierają między sobą żadnej umowy. Zawierają one wyłącznie umowy z pool leaderem. Umowy te mają charakter dwustronny. Zawierając umowę z pool leaderem spółki uczestniczące w systemie cash poolingowym nie zobowiązują się jednak do przenoszenia własności określonych kwot pieniężnych na rzecz pool leadera. Takich kwot pieniężnych nie da się bowiem z góry określić. W dniu zawarcia umowy z reguły nie wiadomo też, czy dana spółka wykaże w przyjętym okresie rozliczeniowym saldo ujemne, czy też nadwyżki finansowe (a jeśli tak to w jakiej wysokości). Kwota ewentualnej „pożyczki” przekazywanej między pool leaderem a spółkami uczestniczącymi w systemie pozostaje więc niezidentyfikowana. W związku z tym nie można uznać, że przez zawarcie umowy cash poolingu rzeczywistego dochodzi *de facto* do zawarcia umowy pożyczki między pool leaderem a spółką będącą uczestnikiem systemu cash poolingu.

Trudno byłoby również argumentować, że cash poolingowi rzeczywistemu towarzyszy zawieranie umów pożyczek między poszczególnymi spółkami uczestniczącymi w tym systemie. Należy bowiem zauważyć, że nawet jeśli dana spółka wykazuje w danym okresie rozliczeniowym saldo dodatnie i przekazuje nadwyżki finansowe na rachunek pool leadera to nie wie, czy — i ewentualnie w jakim zakresie — wykazane przez nią nadwyżki zostały wykorzystane na dofinansowanie innych uczestników systemu. Nawet jeśli pool leader wykorzystał przekazane przez nią środki na dofinansowanie spółek wykazujących debet, to spółka wykazująca saldo dodatnie najczęściej nie zna nazwy spółki, która skorzystała w danym okresie z dofinansowania (zwłaszcza, że do systemu cash poolingowego przystępuje zazwyczaj wiele podmiotów).

Warto też zauważyć, że jeśli żadna ze spółek nie wykazuje w danym okresie rozliczeniowym sald ujemnych wszystkie nadwyżki wykazane przez uczestników systemu pool leader może przeznaczyć na cele inwestycyjne. W takim wypadku tym bardziej brak jest podstaw, aby traktować przekazane przez spółkę uczestniczącą w systemie nadwyżki finansowe jako kwotę pożyczki udzielonej innej spółce należącej do grupy. Należy też pamiętać o tym, że rozliczenia w systemie cash poolingowym są często dokonywane każdego dnia. W związku z tym, jednego dnia dana spółka może ulokować nadwyżki finansowe na rachunku prowadzonym przez pool leadera, zaś drugiego dnia może wykazać saldo ujemne, które zostanie pokryte ze środków znajdujących się na rachunku grupowym. Przy takim systemie rozliczeń trudno byłoby zidentyfikować spółki spełniające definicję pożyczkodawcy („dający pożyczkę”) i pożyczkobiorcy („biorący pożyczkę”).

W związku z powyższym w literaturze przedmiotu słusznie argumentuje się, że umowy cash poolingu nie powinny być uznawane za umowy pożyczki (Sekita, 2001, s. 57; Budziszewski, 2011, s. 58–60; Kurzac, 2011, s. 528; Gajewski, 2013, s. 47). Są to umowy nienazwane, które nie podlegają opodatkowaniu podatkiem od czynności cywilnoprawnych. Z takim stanowiskiem zgadzają się organy podatkowe (np. interpretacja Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach z dnia 26 maja 2014 r., IBPBII/1/436-93/14/ASz, z dnia 13 maja 2014 r., IBPBII/1/436-71/14/ASz, z dnia 15 kwietnia 2014 r., IBPBII/1/436-54/14/MCZ; Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu z dnia 7 maja 2014 r., ILPB2/436-45/14-2/MK; Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy z dnia 20 czerwca 2013 r., ITPB2/436-57/13/TJ). Argumentują one, że *w przypadku cash poolingu mamy do czynienia z trzema przynajmniej podmiotami, a mianowicie: podmiotem posiadającym wolne środki finansowe, podmiotem posiadającym niedobór tych środków oraz bankiem występującym w roli pośrednika działającego we własnym imieniu. Z tytułu uczestnictwa w tych transakcjach dla wszystkich podmiotów powstają określone prawa i obowiązki, jednak nie dochodzi w tym przypadku do zawarcia umowy pożyczki, ponieważ brak jest zobowiązania do przeniesienia określonej ilości pieniędzy na określony w umowie podmiot. Uczestnik cash poolingu posiadający wolne środki nie wie, czy środki te zostaną wykorzystane, w jakiej wysokości i przez którego uczestnika. Tym samym nie jest skonkretyzowana druga strona transakcji, jak też jej przedmiot, ponieważ źródłem, z którego zostanie zasilony rachunek*

o saldzie debetowym, jest rachunek zbiorczy, na którym gromadzone są wolne środki wszystkich posiadających je uczestników cash pooling. Należy stwierdzić, iż zawarcie umowy dotyczącej kompleksowego zarządzania płynnością finansową cash pooling nie zostało wymienione w ustawowym katalogu czynności podlegających opodatkowaniu podatkiem od czynności cywilnoprawnych. Czynności tego typu nie można również zakwalifikować jako umowy pożyczki. Tym samym wszelkie czynności dokonywane w ramach umowy nie będą podlegały opodatkowaniu podatkiem od czynności cywilnoprawnych (interpretacja Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z dnia 10 kwietnia 2014 r., IPPB2/436-51/14-4/LS).

3. Podatek od towarów i usług

3.1. Uwagi wstępne

Jak była o tym mowa w systemach cash poolingowych występują trzy kategorie podmiotów, które pełnią inne funkcje i w konsekwencji wykonują inne czynności. Są to: bank, pool leader i „zwykli” uczestnicy cash pooling. Należy się zatem zastanowić, czy wykonywanie przez te podmioty czynności niezbędnych do funkcjonowania systemu cash pooling podlega opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług.

Zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 marca 2014 r. o podatku od towarów i usług (DzU 2011, nr 177, poz. 1054 ze zm., dalej: ustawa VAT) do czynności podlegających opodatkowaniu zalicza się między innymi odpłatne świadczenie usług na terytorium kraju. Zgodnie natomiast z art. 8 ustawy VAT przez świadczenie usług rozumie się każde świadczenie na rzecz osoby fizycznej, osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej, które nie stanowi dostawy towarów w rozumieniu art. 7 ustawy VAT. Co do zasady, świadczenie usług podlega zatem opodatkowaniu wówczas, gdy jest czynnością odpłatną (w wyjątkami wskazanymi w art. 8 ust. 2 ustawy VAT). O czynności „odpłatnej” można mówić wówczas, gdy pomiędzy zapłatą a wykonaną czynnością istnieje bezpośredni związek o charakterze przyczynowym. Jak podkreśla się w literaturze przedmiotu związek ten musi być na tyle wyraźny, aby można było uznać, że określona płatność następuje za wykonane świadczenie (Bartosiewicz, 2012, s. 92–93). Warto przy tym zauważyć, że nie zawsze otrzymanie środków pieniężnych od innej spółki jest uznawane za odpłatność za wykonaną usługę. W literaturze przedmiotu, jako przykład sytuacji, w której nie dochodzi do odpłatnego świadczenia usług, powołuje się przypadek dofinansowania spółki zależnej przez spółkę matkę. Argumentuje się, że jeśli spółka matka przekazuje spółce zależnej kwoty na pokrycie bieżących lub przyszłych kosztów działalności i takie dofinansowanie nie jest związane z jakimkolwiek świadczeniem wzajemnym ze strony spółki zależnej na rzecz spółki matki, to nie można uznać, że dochodzi tu do wykonania jakiegokolwiek czynności odpłatnej (Michalik, 2013, s. 144).

3.2. Usługi wykonywane przez bank

Bez wątpienia podmiotem świadczącym usługi związane z obsługą systemu cash pooling jest bank. Usługa banku polega przede wszystkim na prowadzeniu rachunków ban-

kowych poszczególnych spółek uczestniczących w systemie cash pooling i rachunku bankowego pool leadera. W wypadku cash pooling rzeczywistego bank zajmuje się też dokonywaniem na zlecenie poszczególnych spółek transferów pieniężnych między rachunkami, zdarza się też, że na zlecenie pool leadera oblicza kwoty odsetek należnych spółkom wykazującym saldo dodatnie oraz wymagalnych od spółek wykazujących saldo ujemne, itp. W wypadku cash pooling wirtualnego bank z reguły zajmuje się natomiast konsolidowaniem sald wykazywanych przez poszczególnych uczestników systemu, ustalaniem sald na rachunkach i naliczaniem oprocentowania należnego wszystkim spółkom należącym do grupy kapitałowej. Usługi wykonywane przez bank, jako typowe usługi finansowe, korzystają ze zwolnienia od opodatkowania z VAT.

Zgodnie z art. 43 ust. 1 pkt 38 i 40 ustawy VAT ze zwolnienia od opodatkowania korzystają między innymi usługi:

- udzielania kredytów lub pożyczek pieniężnych oraz usługi pośrednictwa w świadczeniu usług udzielania kredytów lub pożyczek pieniężnych, a także zarządzanie kredytami lub pożyczkami pieniężnymi przez kredytodawcę, lub pożyczkodawcę (art. 43 ust. 1 pkt 38 ustawy VAT);
- w zakresie depozytów środków pieniężnych, prowadzenia rachunków pieniężnych, wszelkiego rodzaju transakcji płatniczych, przekazów i transferów pieniężnych, długów, czeków i weksli oraz usługi pośrednictwa w świadczeniu tych usług (art. 43 ust. 1 pkt 40 ustawy VAT).

3.3. Usługi wykonywane przez pool leadera

Nieco inną rolę w systemie cash pooling spełnia pool leader. Warto przy tym zauważyć, że funkcja pool leadera często jest powierzana jednej ze spółek należących do grupy kapitałowej, która zajmuje się „zwykłą” działalnością operacyjną. Innymi słowy, pool leader najczęściej nie jest podmiotem specjalizującym się w świadczeniu usług finansowych, ale spółką zajmującą się handlem, czy produkcją, itp. Jak była o tym mowa na wstępie, pool leader otrzymuje środki pieniężne od tych uczestników cash pooling, którzy wykazują nadwyżki finansowe (w zamian za co wypłaca na ich rzecz odsetki) i pokrywa niedobory finansowe spółek wykazujących na rachunkach salda ujemne (w zamian za co otrzymuje od nich odsetki). Do obowiązków pool leadera najczęściej należy zarządzanie środkami finansowymi wpłaconymi na rachunek poolingowy. Pool leader zajmuje się też negocjowaniem z bankiem wysokości oprocentowania salda dodatniego uczestników cash pooling, reprezentuje poszczególnych uczestników cash pooling w kontaktach z bankiem, monitoruje przepływy pieniężne, przesyła uczestnikom informacje o saldzie środków pieniężnych, naliczonych odsetkach, itp. W praktyce często zdarza się, że za wykonywanie tego rodzaju czynności uczestnicy systemów cash pooling płacą na rzecz pool leadera odrębne wynagrodzenie.

Pojawia się w związku z tym pytanie, czy usługi wykonane przez pool leadera powinny podlegać opodatkowaniu VAT, a jeśli tak to na jakich zasadach? Zagadnienie to w praktyce budzi kontrowersje. Niektóre podmioty pełniące funkcje pool leadera stoją na stanowisku, że wykonywane przez nie usługi powinny zostać opodatkowane VAT przy zastosowaniu stawki podstawowej (tj. 23%). Zdarza

się też, że pool leaderzy argumentują, że wykonywane przez nich czynności powinny być zwolnione z VAT na zasadach analogicznych, jak usługi świadczone przez bank. W ustawie VAT wprowadzone zostało bowiem zwolnienie dla usług pomocniczych w stosunku do usług finansowych.

Zgodnie z art. 43 ust. 13 ustawy VAT zwolnienie od opodatkowania stosuje się również do świadczenia usługi stanowiącej element usługi wymienionej w ust. 1 pkt 7 i 37 — 41, który sam stanowi odrębną całość i jest właściwy oraz niezbędny do świadczenia usługi zwolnionej zgodnie z ust. 1 pkt 7 i 37–41 ustawy VAT. Zgodnie z art. 43 ust. 14 i 15 ustawy VAT nie mogą to być jednak usługi stanowiących element usług pośrednictwa, o których mowa w ust. 1 pkt 7 i 37–41, czynności ściągania długów, w tym factoringu, usług doradztwa oraz usług w zakresie leasingu. W piśmiennictwie podatkowym zwraca się uwagę na to, że aby zwolnić daną usługę z opodatkowania na podstawie art. 43 ust. 13 ustawy VAT trzeba spełnić łącznie cztery przesłanki:

- 1) usługa pomocnicza stanowi element usługi finansowej czy ubezpieczeniowej,
- 2) element ten stanowi jednocześnie odrębną całość,
- 3) element ten jest właściwy do świadczenia usługi zwolnionej,
- 4) element ten jest niezbędny do świadczenia usługi zwolnionej (Matusiakiewicz, 2011, s. 19).

Z uwagi na powyższe chcąc ustalić zasady opodatkowania VAT usługi wykonywanej przez pool leadera należy odpowiedzieć na następujące pytania:

- 1) Czy usługi pool leadera stanowią „element” usługi świadczonej przez bank?
- 2) Czy usługi pool leadera stanowią odrębną całość?
- 3) Czy usługi pool leadera są „właściwe” oraz „niezbędne” do wykonania usługi zwolnionej świadczonej przez bank?
- 4) Czy usługi pool leadera są „niezbędne” do wykonania usługi zwolnionej przez bank?

Przed koniecznością odpowiedzi na powyższe pytania stanął NSA, który analizował zasady opodatkowania VAT usługi wykonywanej przez pool leadera. Na gruncie rozpatrywanej sprawy NSA stwierdził, że usługi wykonywane przez pool leadera powinny być uznane za element usługi wykonywanej przez bank. Sąd argumentował, że działania pool leadera są ściśle uzależnione od istnienia całego systemu cash pooling i funkcjonalnie powiązane z jego pozostałymi jego elementami. Zdaniem NSA czynności podejmowane przez pool leadera, takie jak: naliczanie odsetek od sald, czy monitorowanie przepływów pieniężnych, stanowią element pomocniczy względem zasadniczej usługi finansowej świadczonej przez bank. Niezależnie od czynności pool leadera od czynności podejmowanych przez bank w ramach stworzonej struktury miałoby zdaniem sądu charakter sztuczny z ekonomicznego punktu widzenia. Usługa pool leadera nie stanowi bowiem celu sama w sobie, lecz służy lepszemu wykorzystaniu usługi zasadniczej świadczonej przez bank. Zdaniem NSA czynności pool leadera powinny być także uznane za „właściwe” oraz „niezbędne” dla usługi finansowej wykonywanej przez bank. Zdaniem sądu ich wykonywanie jest konieczne z punktu widzenia całej struktury cash pooling, gdyż umożliwia dokonywanie odpowiednich operacji ban-

kowych związanych z wykonywaniem umowy w ramach stworzonej struktury. W uzasadnieniu wyroku sąd nie odniósł się wprost to kwestii związanej z możliwością uznania usług pool leadera za odrębną całość. Można jednak założyć, że zdaniem NSA wykonywane przez pool leadera czynności mogą być traktowane jako stanowiące odrębną całość, gdyż sąd za zasadne uznał objęcie usług wykonywanych przez pool leadera zwolnieniem od opodatkowania (wyrok NSA z dnia 28 stycznia 2014 r., sygn. I FSK 237/13). Podobne stanowisko prezentowane jest przez organy podatkowe. Uważają one, że usługi kompleksowego zarządzania płynnością finansową grupy wykonywane przez pool-leaderów powinny być zaliczone do usług zwolnionych z opodatkowania VAT.

Z analizy interpretacji podatkowych dotyczących zasad opodatkowania usług pool leadera wynika jednak, że zdaniem organów podatkowych wykonywane przez pool leadera usługi mogą być zwolnione od opodatkowania na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 40 ustawy VAT bez konieczności uznawania ich za usługi pomocnicze względem usług finansowych na podstawie art. 43 ust. 13 ustawy VAT (interpretacja Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z dnia 16 kwietnia 2014 r., IPPP3/443-91/14-2/IG; interpretacja Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach z dnia 19 marca 2014 r., IBPP2/443-231/14/ICz; interpretacja Dyrektora Izby Skarbowej w odzi z dnia 18 marca 2014 r., IPTPP2/443-967/13-5/JN).

3.4. Status podatkowy spółki uczestniczącej w cash pooling

O ile nie ma większych kontrowersji co do tego, że za usługi w rozumieniu art. 8 ustawy VAT powinny być uznane czynności wykonywane przez bank i pool leadera, o tyle pojawiają się wątpliwości co do zasad opodatkowania VAT poszczególnych, „zwykłych” uczestników cash pooling. Pojawia się pytanie, czy „zwykły” uczestnik cash pooling może być uznany za podmiot świadczący jakąkolwiek usługę w rozumieniu przepisów ustawy VAT. Jak była o tym mowa, jeśli spółka uczestnicząca w systemie cash poolingowym wykazuje na rachunku saldo dodatnie, to otrzymuje od pool leadera wynagrodzenie w postaci odsetek. Czy jednak otrzymane odsetki powinny być traktowane jako odpłatność za usługę polegającą np. na zapewnianiu finansowania innym uczestnikom systemu cash pooling?

Z analizy interpretacji podatkowych wynika, że zdaniem organów podatkowych czynności wykonywane przez uczestników systemu cash pooling stanowią jedynie elementy pomocnicze, konieczne dla efektywnego świadczenia przez inny podmiot (tj. pool leadera) usługi cash pooling (np. interpretacja Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z dnia 28 kwietnia 2014 r., IPPP1/443-259/14-2/MP oraz Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy z dnia 4 kwietnia 2014 r., ITPP1/443-17/14/BS). Organy podatkowe argumentują, że w przypadku czynności wykonywanych w ramach cash pooling usługi świadczona jest wyłącznie przez bank oraz pool leadera. Pozostali uczestnicy systemu cash-poolingu są jedynie odbiorcami usługi w związku z tym, nie podlegają one opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług (np. interpretacja Dyrektora Izby Skarbowej w Łodzi z dnia 19 lutego 2014 r., IPTPP2/443-909/13-5/IR oraz

z dnia 17 lipca 2013r., IPTPP2/443-387/13-2/PR; Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach z dnia 28 czerwca 2013 r., IBPP2/443-298/13/ICz; Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu z dnia 5 marca 2014 r., ILPP4/443-561/13-2/ISN). Innymi słowy organy podatkowe uważają, że spółki wykazujące salda dodatnie przekazując nadwyżki finansowe na rachunek pool leadera nie działają w charakterze podatników w rozumieniu mowa w art. 15 ust. 1 ustawy VAT.

W wydawanych interpretacjach organy podatkowe argumentują:

W ramach opisanego systemu zarządzania płynnością to Pool Leader zobowiązuje się zasadniczo do całościowej obsługi Systemu, polegającej w szczególności na zawarciu stosownej umowy z Bankiem, zagospodarowaniu nadwyżek środków pieniężnych zgromadzonych na rachunku konsolidującym, a także na zapewnieniu Uczestnikom Systemu finansowania, w sytuacji gdy prowadzone przez nich rachunki źródłowe wykażą saldo ujemne na koniec danego okresu rozliczeniowego. Zatem w ramach analizowanego Systemu mamy do czynienia z kompleksową Umową, której przedmiotem jest zarządzanie płynnością finansową przez Pool Leadera na rzecz Spółki. (...) Natomiast działania Spółki (Uczestnika Systemu) będzie ograniczać się do udostępnienia rachunków bankowych (tj. rachunku źródłowego i rachunku lustrzanego) oraz zgromadzonych na nich środków pieniężnych. Pozostałych uczestników Systemu nie będzie łączył żaden stosunek prawny ze Spółką, na podstawie którego Spółka byłaby zobowiązana do wykonania jakiegokolwiek świadczenia na rzecz innego Uczestnika. Zatem w ramach omawianej Umowy to Pool Leader świadczył będzie za wynagrodzeniem kompleksowe usługi na rzecz Spółki, które będą podlegały opodatkowaniu VAT. Wszelkie czynności wykonywane w ramach świadczonej usługi (w tym m.in. przyjmowanie i składanie depozytów przez Spółkę, wypłata lub otrzymanie odsetek z tytułu korzystania z finansowania lub zapewnienie finansowania w związku z nadwyżkami zanotowanymi na kontach źródłowych) nie mogą być rozpatrywane dla potrzeb VAT odrębnie od samej usługi zarządzania płynnością finansową przez Pool Leadera (czynności te stanowią bowiem będą nierozdzielny element świadczonej przez Pool Leadera kompleksowej usługi podlegającej opodatkowaniu VAT). W konsekwencji uznać należy, że żadna z opisanych czynności podejmowanych przez Spółkę w ramach Systemu i w związku z usługami świadczonymi przez Pool Leadera

Literatura

- Bartosiewicz, A. (2012), *VAT Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer, 92–93.
 Budziszewski, J. (2011). Podatki w praktyce. *Doradca podatkowy*, (10), 58–60.
 Chustecka, K. (2010), *Podatek od czynności cywilnoprawnych. Praktyka i orzecznictwo*. Warszawa: Difin, 18.
 Gajewski, D. (2013). Cash pooling — aspekty podatkowe. *Palestra*, (1–2), 47.
 Jurkiewicz, R. (2008). Cash pooling — skutki w podatkach obrotowych. *Monitor Podatkowy*, (10), 15.
 Kennedy, J., McGinty D.B., McNally, J. (2008). Cash Pooling: Tax-Efficient Implementation of Global Cash Management Strategies. *International Tax Journal*, (5–6), 33.
 Kurzac, M. (2011). Głos do wyroku NSA z dnia 15 czerwca 2010 r., II FSK 97/09. *Przegląd Orzecznictwa Podatkowego*, (6), 528.

nie będzie uznana za świadczenie usług przez Spółkę na rzecz Pool Leadera lub innych Uczestników Systemu (interpretacja Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z dnia 31 lipca 2013 r., IPPP3/443-478/13-2/SM).

Podsumowując, dla spółki będącej „zwykłym” uczestnikiem systemu cash pooling (nie będącej pool leaderem) przystąpienie do tego systemu będzie, co do zasady, neutralne z punktu widzenia rozliczeń VAT. Innymi słowy spółka ta nie będzie musiała traktować otrzymanego od pool leadera oprocentowania jako wynagrodzenia za wykonaną usługę.

Warto przy tym zauważyć, że spółka ta będzie jednak musiała wykazać import usług w sytuacji, gdy będzie płacić wynagrodzenie za czynności wykonywane przez pool leadera lub bank, jeśli podmioty te będą podmiotami zagranicznymi (nie będą w Polsce posiadać siedziby ani miejsca prowadzenia działalności gospodarczej). Zgodnie z art. 28b ust. 1 ustawy VAT miejscem świadczenia usług w przypadku świadczenia usług na rzecz podatnika (w rozumieniu art. 28a tej ustawy) jest, co do zasady miejsce, w którym usługobiorca (podatnik) posiada siedzibę. Ponieważ jednak zarówno usługa wykonywana przez bank, jak i usługa pool leadera są uznawane za usługi zwolnione z VAT spółka będąca uczestnikiem systemu wykaże import usługi zwolnionej z VAT.

4. Podsumowanie

Konkludując, typowa umowa cash pooling zawierana między uczestnikiem systemu a pool leaderem nie powinna być uznawana za umowę pożyczki. W konsekwencji jej zawarcie nie powinno wiązać się z koniecznością uiszczenia podatku od czynności cywilnoprawnych. Zawarcie umowy cash pooling będzie zatem neutralne na gruncie u.p.c.c.

Przystąpienie do systemu cash pooling będzie natomiast wywoływać skutki na gruncie ustawy VAT. Usługami podlegającymi opodatkowaniu VAT będą usługi wykonywane przez bank oraz przez pool leadera, przy czym usługi te będą korzystać ze zwolnienia od opodatkowania VAT. Dla „zwykłego” uczestnika cash pooling przystąpienie do tego systemu jest co do zasady neutralne w zakresie VAT, chyba że wiąże się ono z koniecznością zapłaty wynagrodzenia na rzecz podmiotów zagranicznych. W takim wypadku spółka będąca uczestnikiem systemu zobowiązana jest to wykazania importu usług.

- Matusiakiewicz, Ł. (2011), Usługi podmiotów współpracujących z instytucjami finansowymi i ubezpieczeniowymi a VAT. *Jurysdykcja Podatkowa*, (5), 19.
 Majdowski, F. (2014) Konsekwencje podatkowe cash-poolingu w najnowszych interpretacjach organów podatkowych. *Przegląd Podatkowy*, (6), 24–32.
 Mainwaring, S. (2008). Tax-efficient global cash management. *Journal of Corporate Treasury Management*, 2, 27.
 Mariański, A. Strzelec, D. (2007). *Ustawa o podatku od czynności cywilnoprawnych. Ustawa o opłacie skarbowej. Komentarz*. Gdańsk: ODDK, 16.
 Michalik, T. (2013), *VAT Komentarz*, Warszawa: C.H. Beck, 144.
 Rafio, A., Van der Breggen, M., Alberio, A.C., Moelands, W. (2010). Cash Pooling in Today's World: a Transfer Pricing Perspective. *Tax Management Transfer Pricing Report*, 18(18).
 Sekita, J. (2001). Umowa cash pooling. Zagadnienia podatkowoprawne. *Doradca podatkowy*, (12), 57.
 Zwyrtak, M. (2006), Cash pooling po polsku. *Monitor Podatkowy*, (8), 25.

O zasadach przenoszenia praw z weksla niezupełnego w chwili wystawienia — rozważania na tle wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2008 r.

Principles of transferring the rights arising from a bill of exchange (promissory note) issued in blank — reflections in the context of the decision of the Supreme Court of 23 October 2008

dr Sławomir Czarnecki

Streszczenie

Opracowanie dotyczy wąsko zakreślonej problematyki. Omówiono w nim sporne zagadnienia związane z obiegiem weksla wystawionego w stanie niezupełnym. W myśl art. 10 ustawy wekslowej, jeżeli taki weksel zostanie uzupełniony niezgodnie z zawartym porozumieniem, nie można wobec nabywcy w dobrej wierze zastrzegać się zarzutem, że nie zastosowano się do tego porozumienia. Główną przyczyną kontrowersji jest fakt, iż twórcy genewskiej konwencji wekslowej (ustawy jednolitej) zredagowali art. 10 w sposób nieprecyzyjny, stwarzając tym samym pole do rozbieżnych interpretacji. Przedmiotem sporu jest przede wszystkim kwestia, czy przepis ten chroni wyłącznie nabywcę weksla uprzednio uzupełnionego czy też także uczciwego nabywcę blankietu. Przeważająca część polskiej doktryny i orzecznictwa prezentuje w tej mierze stanowisko zapewniające ochronę interesu wystawcy. Zgodnie z nim, dłużnik może w stosunku do indosatariusza weksla niezupełnego skutecznie formułować zarzut niezastosowania się do zawartego porozumienia. Autor niniejszego opracowania podziela ten pogląd. Uważa jednak, że kwestia dopuszczalności pozostałych zarzutów opartych na stosunkach osobistych powinna być rozważana w odmienny sposób. Tło rozważań stanowi wyrok Sądu Najwyższego z 23 października 2008 r. (V CSK 71/08, LEX nr 485921).

Słowa kluczowe:

weksel *in blanco*, przeniesienie praw, zarzuty.

Summary

This article has a narrow scope. The principal aim of the analyses presented in it is to show the controversies related to transferring the rights arising from a bill of exchange (promissory note) issued in blank. This can be mainly attributed to the wording of Article 10 of the Geneva Uniform Law on Bills of Exchange and Promissory Notes. According to this provision, if the bill (note) is later filled in contrary to the filling agreement, the breach of such agreement cannot be invoked against the holder, unless the latter has acquired the instrument in bad faith or with gross negligence. The question arises whether an acquirer of a blank instrument should be protected in such a way. The majority of Polish legal scholars as well as courts express the view that the debtor should be liable towards any subsequent acquirer of a blank instrument only to the extent of the filling agreement. In other words, the subscriber can invoke against the holder of such an instrument the specific type of defense — a breach of agreement to complete the bill (note). The author agrees with the above standpoint. But, in the author's opinion, the question of admissibility of other personal defenses should be assessed in a different manner. The background of these considerations is the decision of the Supreme Court of 23 October 2008 (V CSK 71/08, LEX nr 485921).

Key words:

blank bill of exchange (promissory note), transfer of rights, defenses.

Jak wskazuje tytuł opracowania, rozważania w nim zawarte mają ograniczony zakres. Dotyczą jednej z bardziej interesujących i nadal otwartych kwestii związanych z obrotem wekslowym. Chodzi o odpowiedź na pytanie, na jakich zasadach powinien się opierać obieg weksla wystawionego *in blanco*. Stanowiący tło rozważań wyrok Sądu Najwyższego wzbogaca dyskusję na ten temat o pewne nowe elementy.

I. Wprowadzenie

1. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że weksel służy dziś przede wszystkim jako instrument zabezpieczenia wiarygodności. Jego rola polega na zwiększeniu prawdopodobieństwa skutecznego dochodzenia roszczeń wynikających z innego (podstawowego) stosunku prawnego łączącego kontrahentów. Nie ma w zasadzie przeszkód, aby w tym celu wykorzystywać weksel zupełny, zawierający w chwili wydania

remitentowi wszystkie wymagane ustawą (ustawa z dnia 28 kwietnia 1936 r. — Prawo wekslowe, DzU nr 37, poz. 282 ze zm.; dalej: pr. weksl.) składniki treści. Możliwość taką potwierdza zarówno orzecznictwo Sądu Najwyższego (por. wyrok SN z 21 czerwca 2007 r., IV CSK 92/07, OSNC 2008, nr 10, poz. 117 oraz wyrok SN z 29 stycznia 2009 r., V CSK 257/08, LEX nr 484740), jak i doktryna; por. Koziński, w: Bączyk, Koziński, Michalski, Pyziół, Szumański, Weiss, 2000, s. 350; Jastrzębski, w: Jastrzębski, Kaliński, 2012, s. 35).

Z natury rzeczy wynika, że wszelkie uzgodnienia między kontrahentami, dotyczące warunków zrobienia z weksla użytku, podlegają wówczas ocenie nie z punktu widzenia regulacji art. 10 pr. weksl., lecz art. 17 tego prawa. Jednak w praktyce takie rozwiązanie stosuje się rzadko. Z reguły bowiem w chwili ustanawiania zabezpieczenia nie można jeszcze precyzyjnie określić wysokości sumy wekslowej, odpowiadającej wierzytelności ze stosunku podstawowego, jak również terminu jej zapłaty. Takich problemów nie stwarza weksel *in blanco*, którego treść wierzyciel może samodzielnie ukształtować na podstawie upoważnienia udzielonego przez wystawcę. Powszechnie przyjmuje się, że upoważnienie do uzupełnienia weksla nie może zostać odwołane w terminie późniejszym (por. Szpunar, Kaliński, 2003, s. 88; Brox, 2004, s. 268). Nieodwołalność jest także jedną z najważniejszych cech poręczenia wekslowego (por. Koziński, w: Szumański, 2005, s. 248); w tym poręczenia dokonano na wekslu niezupełnym (por. Szpunar 1992, s. 29; Heropolitańska, 2000; tak też następujące wyroki SN: z 16 października 1985 r., IV PR 217/85, OSNC 1986, nr 6, poz. 105; z 16 maja 1986 r., IV PRN 1/86, LEX nr 686411; z 24 listopada 2009 r., V CSK 129/09, LEX nr 688047). Stąd się bierze wciąż jeszcze duża popularność instytucji weksla gwarancyjnego *in blanco* w obrocie krajowym.

Popularność ta wydaje się jednak powoli maleć z uwagi na kilka czynników. Jednym z nich może być widoczna w niektórych nowszych orzeczeniach tendencja do osłabiania pozycji prawnej wierzyciela (remitenta) dochodzącego roszczeń z weksla wystawionego *in blanco* na drodze sądowej. Polega ona na określonym podejściu do kwestii rozkładu ciężaru dowodu uzupełnienia weksla niezgodnie z zawartym porozumieniem (przysługiwania wierzytelności o treści wyrażonej w wekslu). Nie jest celem niniejszej publikacji rozwijanie tego tematu. Wystarczy poprzestać na stwierdzeniu, że przy takim podejściu już samo podniesienie przez dłużnika zarzutu niezgodnego z porozumieniem uzupełnienia blankietu zmusza wierzyciela (remitenta) do uzasadniania żądania zapłaty na podstawie okoliczności pozawekslowych (dostarczania stosownych wycieczek, faktur itp.)¹. Nie trzeba być specjalistą aby dostrzec, jak bardzo zmniejsza się wówczas atrakcyjność tej formy zabezpieczenia².

2. Alternatywą wobec trybu sądowego może być sprzedaż wierzytelności związanej ze stosunkiem podstawowym innej osobie, połączona z przeniesieniem na nią weksla w drodze indosu. Tak też postąpił wierzyciel (remitent) w stanie faktycznym sprawy, w której zapadł omawiany wyrok Sądu Najwyższego z 23 października 2008 r. Niniejsze opracowanie nie zawiera oceny zajętego przez Sąd stanowiska w kwestii zasadności skarg kasacyjnych wniesionych przez pozwanych (wystawców weksla własnego *in blanco* oraz ich poręczycieli). Skupia się natomiast na omówieniu występujących w piśmiennictwie różnic poglądów na temat prawnych skutków obrotu wekslem niezupełnym w chwili wystawienia, wykorzystując jako tło rozważań wybrane fragmenty uzasadnienia tego orzeczenia. Jak wskazano na wstępie, wybór judykatu nie jest przypadkowy. Wśród wywodów w nim zawartych uwagę

zwraca zwłaszcza oryginalny pogląd na temat regulacji obiegu weksla wystawionego *in blanco*, przypisany Sądowi rozpatrującemu sprawę w drugiej instancji, a oparty bezpośrednio na jednej z wcześniejszych wypowiedzi orzecznictwa na ten temat. Poczynione przez Sąd Najwyższy uwagi, dotyczące wątpliwej praktycznej przydatności przedstawionej koncepcji, mają z pewnością walor porządkujący. Wyjaśniają bowiem kwestię relacji występującej pomiędzy hipotezami art. 10 i art. 17 pr. weksl. Nie ulega wątpliwości, że każda wypowiedź na ten temat jest cenna, biorąc pod uwagę swobodę interpretacyjną wymienionych przepisów (zwłaszcza art. 10), pozostawioną przez twórców genewskiej ustawy wzorcowej (Załącznik I do Konwencji z dnia 7 czerwca 1930 r. w sprawie jednolitej ustawy o wekslach trasowanych i własnych, DzU 1937, nr 26, poz. 175).

II. Przegląd stanowisk doktryny i orzecznictwa

1. W przypadku art. 10, „niezdecydowanie” twórców ustawy zaowocowało regulacją osobliwą w tym znaczeniu, że dopuszczając skrajnie odmienne wnioski co do intensywności ochrony nabywcy nieuzupełnionego weksla *in blanco* (na ten temat por. zwłaszcza Honzatko, 1934, s. 13–14 oraz Czarnecki, 2008, s. 97). Jak jednak wynika z treści uzasadnienia powołanego wyroku, rozbieżności poglądów w tym zakresie mogą się ujawnić także w przypadku wprowadzenia do obiegu weksla uprzednio wypełnionego. Dalsze wywody na ten temat będą z pewnością bardziej zrozumiałe, gdy poprzedzi je krótki opis stanu faktycznego sprawy.

W roli pozwanych występowały dwie osoby fizyczne, będące wystawcami weksla własnego *in blanco* oraz dwie osoby fizyczne, które za tych wystawców poręczyły. Z informacji zamieszczonych w uzasadnieniu można wywnioskować, że podpisany w ten sposób blankiet został wręczony na zabezpieczenie wykonania zobowiązań spółki „A. Z. K.” wobec spółki „R.”. Będąca remitentem spółka „R.” w dniu 8 listopada 2005 r. zbyła na rzecz strony powodowej swoje wierzytelności wobec „A. Z. K.”. W tym czasie nadal była w posiadaniu weksla, który w dniu 27 stycznia 2006 r. wypełniła na kwotę 679 500,54 zł i przeniosła przez indos na rzecz powoda. Apelacja od wyroku zasądzającego zapłatę znacznej części wymienionej kwoty została oddalona. Sąd Apelacyjny podzielił w całości ustalenia faktyczne i ocenę Sądu pierwszej instancji³, podkreślając jednocześnie, że *na gruncie prawa wekslowego zachodzi istotna różnica pomiędzy uprawnieniami indosatariusza, który nabył weksel in blanco niewypełniony, a uprawnieniami indosatariusza, który taki weksel nabył już po wypełnieniu. W tym drugim wypadku zostaje zerwana więź między dłużnikiem a wierzycielem i weksel uzyskuje w pełni swój abstrakcyjny charakter. Ochrona takich wierzycieli wekslowych zostaje wyłączona jedynie wówczas, gdy nabyli weksel działając na szkodę dłużnika.*

Skarga kasacyjna pozwanych została umotywowana naruszeniem prawa materialnego. Zarzucono w niej błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie art. 17 pr. weksl. oraz błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie art. 10 tej ustawy.

2. Trudno byłoby zanegować zasadność twierdzenia, iż wymienione przepisy, uwzględniając dodatkowo regulację art. 16 ust. 2, stanowią fundament idei ochrony bezpieczeństwa obrotu wekslowego (podobnie Machnikowski, 2009, s. 215, który stwierdza, że te trzy przepisy *stanowią instrumenty ochrony dobrej wiary indosatariusza, jego przekonania o istnieniu i określonej treści nabywanych praw*). Ich rola polega na zredukowaniu zasobu ewekcji służących dłużnikom wyłącznie do tzw. zarzutów obiektywnych. Wymownie na ten temat wypowiada się jeden z pierwszych komentatorów prawa wekslowego z 1924 roku (Rozporządzenie Prezydenta RP z dnia 14 listopada 1924 r. — o prawie wekslowym, DzU nr 100, poz. 926), stwierdzając, iż: *Bezpieczeństwo obrotu wekslowego doznałoby znacznego uszczerbku, gdyby posiadaczowi weksłu można było przeciwstawić wszelkie zarzuty uszczuplające lub uchylające jego prawo, gdyby posiadacz nie doznawał obrony swojej dobrej wiary i zaufania, że nabywa prawa o takiej rozciągłości i o takiej treści, jakie wypływają z treści samego dokumentu [...] narażony na zarzuty, zgoda mu nieznane i niespodziewane, nie łatwo byłby skłonny nabywca do transakcji wekslowej* (Doliński, 1925, s. 185). Powoływanie się na indywidualne, a w wekslu niewymienione stosunki jest więc dopuszczalne tylko pomiędzy osobami, które w tych konkretnych stosunkach brały udział (tak Górski, 1925, s. 96). Warunkiem skorzystania z ochrony jest nabycie weksła w drodze indosu (ewentualnie w sposób przewidziany w art. 14 zdanie drugie pkt 3 pr. weksl.) i odpowiednio: brak złej wiary (rażącego niedbalstwa) lub brak świadomego działania na szkodę dłużnika. Ujęty w ramy art. 10 pr. weksl. zarzut uzupełnienia weksła niezgodnie z zawartym porozumieniem należy przyporządkować do kategorii ewekcji opartych na stosunkach osobistych (tak Priese, Rebenrost, 1949, s. 41 i 60; Piasecki, 1993, s. 31 oraz Czarnecki, 2013, s. 212; nieco inaczej Jastrzębski, w: Jastrzębski, Kaliński, 2012, s. 187) i gdyby nie fakt, iż problematyka skutków naruszenia postanowień tej szczególnej umowy została poddana odrębnej regulacji, należałoby przyjąć właściwość art. 17. Prawdopodobnie stąd się biorą wysuwane niekiedy twierdzenia, że kwestię tę (skuteczność zarzutu, o którym mowa w art. 10) można oceniać także przez pryzmat regulacji art. 17 pr. weksl. (por. Litwińska, 2000, s. 40).

W tym samym kierunku zmierzało też rozumowanie Sądu rozpatrującego interesującą nas sprawę w drugiej instancji. Z uzasadnienia wyroku, na kanwie którego oparto niniejsze opracowanie dowiadujemy się bowiem, że jako argument przemawiający za stosowaniem art. 17 pr. weksl. do zarzutów opartych o wypełnienie weksła niepełnego niezgodnie z zawartym porozumieniem Sąd ten powołał *konieczność rozróżnienia zakresu ochrony przysługującej wierzycielowi wekslowemu w sytuacji, gdy nabywa on weksel niewypełniony lub wypełniony przez remitenta*. Wypowiedź ta staje się zrozumiała dopiero wtedy, gdy wyjaśnimy, iż zgodnie z poglądem Sądu Apelacyjnego hipotezą art. 10 pr. weksl. miałyby być objęte wyłącznie weksle *in blanco* przeniesione na nabywcę jeszcze przed ich wypełnieniem przez pierwszego posiadacza. Zasygnalizowano już na wstępie, że koncepcja ta została oparta na wcześniej-

szych wywodach Sądu Najwyższego, zawartych w uzasadnieniu wyroku z 16 kwietnia 2002 r. (V CKN 1107/00, OSNC 2003, nr 4, poz. 55). Rozpatrywana sprawa dotyczyła zasadności roszczenia z weksła gwarancyjnego, nabytego przez indos w stanie niepełnym. Przypadek był jednak o tyle szczególny, że w roli pozwanego występował także indosant (bank, który przeniósł blankiet na powoda w celu umożliwienia mu windykacji wierzytelności wobec kredytobiorcy). Uzasadniając oddalenie skargi kasacyjnej od wyroku oddalającego powództwo w stosunku do indosanta Sąd Najwyższy poczynił kilka interesujących uwag na temat zasad rządzących obiegiem weksła nieuzupełnionego. Chodziło o uchwycenie różnic, jakie zachodzą pomiędzy uprawnieniami indosatariusza, który nabył weksel *in blanco* jeszcze niewypełniony a uprawnieniami indosatariusza, który nabył taki weksel już po jego uzupełnieniu. Za punkt wyjścia do rozważań na ten temat posłużyła wypowiedź zawarta w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z 5 lutego 1998 r. (III CKN 342/97, OSNC 1998, nr 9, poz. 141). Przyjęto tam, że przeniesienie weksła *in blanco* tylko według przepisów o przelewie wierzytelności następuje w przypadku, gdy weksel taki nie został zaopatrzony w indos. Rozwijając tę myśl Sąd Najwyższy stwierdził, że wejście w posiadanie niewypełnionego weksła *in blanco* w drodze indosu następuje z *zastosowaniem art. 10 pr. weksl., a zatem w sposób chroniący dobrą wiarę nabywcy co do treści upoważnienia do uzupełnienia tego weksła*. Nabycie niewypełnionego weksła *in blanco* z *indosem* nie stwarza natomiast *ułatwień w dochodzeniu praw z weksła i ochrony przewidzianej w art. 16 i 17 pr. weksl.* Warto odnotować, że nie jest to stanowisko całkowicie odosobnione. Zostało bowiem podtrzymane w wyroku Sądu Najwyższego z 21 czerwca 2002 r. (V CKN 1235/00, LEX nr 566025). W interesującej nas sprawie Sąd Apelacyjny wykorzystał je jako wsparcie dla sformułowanej na potrzeby rozstrzygnięcia tezy, zgodnie z którą możliwość powołania się przez dłużnika wekslowego na zarzuty z art. 10 lub 17 pr. weksl. jest uzależniona od rodzaju weksła, który został indosowany, i w wypadku, gdy weksel *in blanco* został przeniesiony na nabywcę już po wypełnieniu przez remitenta, sytuację dłużnika należy oceniać z punktu widzenia regulacji art. 17 pr. weksl.

W ocenie Sądu Najwyższego pogląd ten nie znajduje uzasadnienia, gdyż relacja pomiędzy hipotezami art. 10 i art. 17 i możliwość ich stosowania nie wynika z rodzaju weksła (stanu, w jakim się znajduje w chwili przeniesienia). Rozstrzyga o tym rodzaj zarzutów podnoszonych przez dłużnika. Warto przypomnieć, że kwestię tę (stosunek art. 10 do art. 17) analizowano już w pierwszych komentarzach do prawa wekslowego z 1936 roku. W jednym z nich trafnie zauważono, iż przepis art. 10 *odnosi się tylko do zarzutów z tego tytułu, że weksel wypełniono wbrew porozumieniu i w tej dziedzinie wyklucza on stosowanie art. 17*. Natomiast *inne zarzuty osobiste, o ile nie opierają się na fakcie wypełnienia weksłu wbrew porozumieniu, lecz na innych podstawach (np. wadliwość towaru), ocenić należy nie według art. 10, lecz według art. 17* (Rosenblüth 1936, s. 206–207; tak też Opalski, w: Komosa, Opalski, 1997, s. 47 oraz Nazarewicz, 1996, s. 16). Zasadność

tego stanowiska potwierdzają późniejsze wypowiedzi orzecznictwa (por. wyrok SN z 18 listopada 1999 r., I CKN 215/98, OSNC 2000, nr 7–8, poz. 128) i doktryny (por. w szczególności Mojak, w: Jakubecki, Mojak, Niezbecka 1996, s. 128–129; Szpunar, Kaliński, 2003, s. 86; Szpunar, 2001, s. 7; Jastrzębski, w: Jastrzębski, Kaliński, 2012, s. 189; niejednoznacznie Bukojemska 2003, s. 20).

3. W uzasadnieniu omawianego wyroku z 23 października 2008 r. Sąd Najwyższy słusznie podkreślił, że art. 10 pr. weksl. odnosi się wyłącznie do weksli *in blanco*, a podstawą zarzutu opartego o ten przepis może być jedynie niezgodne z porozumieniem wypełnienie takiego weksla⁴. Wskazana regulacja odwołuje się zatem do przesłanki w postaci rodzaju wystawionego weksla (*in blanco*) i pośrednio momentu jego wystawienia. Brak jest natomiast jakiegokolwiek odesłania do kwestii związanych z chwilą wypełnienia blankietu. Wykładnia językowa tego przepisu nie daje zatem — zdaniem Sądu — podstaw do oceny, że jego hipotezą są objęte [...] wyłącznie weksle *in blanco* przeniesione na nabywcę przed ich wypełnieniem przez remitenta.

Trudno się z tym stwierdzeniem nie zgodzić. Należy jednak zaznaczyć, że ta sama wykładnia nie daje też podstaw do oceny, że hipotezą art. 10 objęte są wyłącznie weksle przeniesione na nabywcę dopiero po ich uzupełnieniu przez pierwszego odbiorcę (szerzej na ten temat Czarnecki, 2008, s. 97). Na tym założeniu można budować koncepcje rozciągające ochronę przed zarzutami dłużnika (podpisanego *in blanco*) także na nabywcę blankietu. Szczególny nacisk na tę kwestię kładą nauka i orzecznictwo niemieckie. Według dominującego tam poglądu, ochronie przed zarzutem niezastosowania się do zawartego porozumienia podlega nie tylko działający w dobrej wierze nabywca weksla uprzednio uzupełnionego, lecz także uczciwy nabywca blankietu, który sam go wypełnił, opierając się na nieprawdziwych informacjach udzielonych przez zbywcę. Podnosi się, że weksel niezupełny, tak samo jak weksel „pełnowartościowy”, przeznaczony jest do obiegu. Wskazuje na to regulacja art. 11 pr. weksl. i następujące po nim przepisy dotyczące indosu (por. Bülow, 2004, s. 60). Potrzeba ochrony uczciwego obrotu ma — zgodnie z tym poglądem — pierwszeństwo przed interesem podpisanego (dłużnika), który ponosi ryzyko, że blankiet zostanie uzupełniony niezgodnie z zawartym porozumieniem (por. Baumbach, Hefermechl, Casper, 2008, s. 146 oraz Zöllner, 1987, s. 77). Tamtejsi komentatorzy przekonują, że nabywca takiego weksla nie może znajdować się w sytuacji gorszej od tej, w której by się znajdował, gdyby sam zbywca dokonał uzupełnienia niezgodnego z umową (por. Sedatis, 1988, s. 107 oraz Brox, 2004, s. 268). Podkreśla się, że brzmienie art. 10 nie jest sprzeczne z taką interpretacją (por. Baumbach, Hefermechl, Casper, 2008, s. 146). Dodać do tego należy, że na gruncie prawa niemieckiego w rachubę wchodzi także odcięcie zarzutów objętych regulacją art. 16 ust. 2 i 17 pr. weksl. (por. Machnikowski, 2002, s. 42).

4. W polskiej nauce i orzecznictwie przeważa, jak dotąd, odmienny pogląd na temat zakresu ochrony nabywcy blankietu. Jego istotę dobrze oddaje fragment uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego z 9 września 2004 r. (II CK

499/03, LEX nr 156489), gdzie stwierdza się, sięgając po argumentację prezentowaną już w piśmiennictwie przedwojennym (por. Doliński, 1925, s. 148; Chełmoński, 1935, s. 338–339 oraz Wróblewski, 1936, s. 69), że *choćby brak jest zakazu przenoszenia niezupełnionego weksla in blanco, to zasadniczo jego podpisanie i wręczenie opiera się na zaufaniu do odbiorcy i z reguły nie jest on bez wypełnienia przeznaczony do obrotu, a zatem jeżeli go do obrotu wprowadzono, to nie ma racji po temu, by obrót taki ułatwiać*. Jest to stanowisko w znacznej mierze słuszne. Należy jednak zwrócić uwagę na możliwość stopniowania intensywności ochrony nabywcy weksla niewypełnionego. Specyfika zarzutu uzupełnienia weksla niezgodnie z zawartym porozumieniem nakazuje wyróżnić go wśród pozostałych zarzutów opartych na stosunkach osobistych. Bliższa analiza wyłaniających się na tym tle zagadnień wymagałaby odrębnego, pogłębionego opracowania. Najogólniej rzecz ujmując, zarzut tego rodzaju polega na twierdzeniu, że wierzytelność wekslowa została ukształtowana przez odbiorcę blankietu (lub jego dalszych nabywców) z naruszeniem interesu podpisanego, w wyniku niezastosowania się do uzgodnionych (objętych porozumieniem) ograniczeń. Niezależnie od innych argumentów, odmówienie nabywcy ochrony — w zakresie objętym regulacją art. 10 — można usprawiedliwić już samym tym faktem, iż ryzyko naruszenia interesu dłużnika zwiększa się wraz z każdym kolejnym nabyciem blankietu (por. Czarnecki, 2013, s. 78). Jak wyżej zaznaczono, wręczenie weksla niezupełnego opiera się na zaufaniu do osoby odbiorcy. Podpisując i wręczając weksel *in blanco* pierwszemu wierzycielowi (swojemu bezpośredniemu kontrahentowi) dłużnik ma przynajmniej szansę dokonania oceny, czy jest on godny zaufania. Nie ma natomiast takiej możliwości w stosunku do kolejnych (z reguły nieznanych mu) uczestników obrotu.

Z tego też względu trudno uznać argument, że różnica między przypadkiem, w którym zbywca sam zamieści klauzule niewłaściwe i weksel przeniesie, a przypadkiem, w którym udzieli niewłaściwych informacji nabywcy i ten stosownie do nich weksel wypełni, jest zbyt drobna, by z niej czynić kwestię zasadniczą, mającą decydować o prawie tego ostatniego (tak Honzatko, 1934, s. 17; w doktrynie niemieckiej por. Sedatis, 1988, s. 107 i powołana tam literatura). Przykładając jednak tę samą miarę do oceny skuteczności pozostałych zarzutów opartych na stosunkach osobistych, które nie polegają na twierdzeniu, iż blankiet został uzupełniony niezgodnie z porozumieniem, musimy dojść do wniosku, że w tym zakresie podpisany *in blanco* nie ryzykuje bardziej aniżeli emitent weksla zupełnego *ab initio*. Można zatem bronić stanowiska, zgodnie z którym nabywca weksla niezupełnionego, o ile nie dopuścił się świadomego działania na szkodę dłużnika, powinien doznawać ochrony przed wyodrębnioną w ten sposób grupą zarzutów wekslowych (por. Czarnecki, 2013, s. 79).

III. Podsumowanie

1. Wyłania się tym samym dość szerokie spektrum poglądów na temat zasad rządzących obiegiem weksla niezupełnego w chwili wystawienia. Na zakończenie niniejszego

opracowania warto dokonać ich uszeregowania, przyjmując jako kryterium stopień intensywności ochrony nabywcy. Nie zaszkodzi przy tym dodanie uwagi, że stworzony w ten sposób „katalog” trudno byłoby uznać za zamknięty.

Istotę stanowiska zdecydowanie przeciwnego nadawaniu zdolności obrotowej wekslom blankietowym trafnie oddaje wypowiedź W. Langowskiego (zob. Langowski, 1998, s. 120–121), który stwierdza, że *większość autorów, niezależnie od reprezentowanej teorii weksla in blanco, zgadza się, że weksel ten może być jeszcze przed uzupełnieniem przedmiotem obrotu, a obrót ten podlega nie przepisom p.w. o indosie, ale ogólnym przepisom prawa cywilnego, a w szczególności przepisom o przelewie (art. 508 i n. k.c.)⁵, choć przelew ten może być dokonywany przy użyciu formy indosu sensu stricto⁶ [...]. Tak więc, wydanie nieuzupełnionego weksla in blanco innej osobie z indosem sensu stricto na nią opiewającym nie wywrze skutków indosu sensu largo, lecz tylko skutki cesji⁷. Nabywca weksla in blanco nie uzyska więc legitymacji formalnej i związanych z nią przywilejów. Jego dobra wiara przy nabyciu nie będzie chroniona przepisem art. 16 ust. 2 p.w. w przypadku uzyskania posiadania weksla od nieuprawnionego [...]. Nabywca taki nie będzie również korzystał z ochrony przed zarzutami dłużników przewidzianej w art. 17 p.w.; dłużnicy będą mogli więc przeciwstawić mu również zarzuty subiektywne, a w szczególności zarzut uzupełnienia weksla niezgodnie z porozumieniem (art. 513 k.c.)*. Krótko mówiąc, nie przewiduje się w takim wypadku odstępstw od zasady *nemo plus iuris...*. Rozwiązanie to nie jest rzecz jasna charakterystyczne wyłącznie dla prawa polskiego (por. przykładowo Caputo, 1968, s. 365–370 i zamieszczone tam tezy orzeczeń sądów włoskich).

Nieco mniej rygorystyczne w tym względzie jest przedstawione wyżej stanowisko, dopuszczające wzmocnienie pozycji prawnej indosatariusza weksla nieuzupełnionego poprzez przyznanie mu ochrony przed zarzutami opartymi na stosunkach osobistych w rozumieniu art. 17 pr. weksl. (w zakresie, w jakim przepis art. 10 nie wyłącza jego zastosowania; por. Czarnecki 2013, s. 79). Należy w związku z tym krytycznie ocenić spotykany w piśmiennictwie pogląd, zgodnie z którym art. 17 dotyczy tylko weksli zupełnych w chwili nabycia (tak Komosa, w: Komosa, Opalski, 1997, s. 57 z powołaniem się na jedno z przedwojennych orzeczeń Sądu Najwyższego), przez co indosatariusz blankietu, który sam go wypełnił, nie może korzystać z gwarancji tego przepisu (zob. Koziński 2007,

s. 134; podobnie Kondracka 2000, s. 94, zdaniem której nabywcy blankietu nie przysługuje ochrona z art. 17 pr. weksl.).

W dalszej kolejności można wskazać dobrze znaną z literatury niemieckiej koncepcję przewidującą, że nabywca weksla niepełnego (hipoteza art. 10 pr. weksl.), który sam dokonuje wypełnienia w dobrej wierze, powinien być posiadaczem chronionym przez prawo, wolnym od zarzutu uzupełnienia niezgodnego z zawartym porozumieniem. W polskiej literaturze powojennej za takim rozwiązaniem opowiedzieli się wyraźnie J. Bogobowicz i B. Kulikowski (zob. Bogobowicz, Kulikowski, 1981, s. 70–71) oraz J. Jastrzębski (zob. Jastrzębski, 2004, s. 32–33; Jastrzębski, w: Jastrzębski, Kaliński 2012, s. 184). Ostatni z wymienionych autorów dopuszcza też możliwość objęcia nabywcy blankietu ochroną w sytuacji braku lub wadliwości umowy o wydanie weksla (zob. Jastrzębski, w: Jastrzębski, Kaliński 2012, s. 190–191). W tym ujęciu obieg weksla nieuzupełnionego odbywa się, jak łatwo zauważyć, w drodze i ze skutkami indosu (w kwestii specyfiki obiegu weksla niezawierającego oznaczenia remitenta zob. Jastrzębski, w: Jastrzębski, Kaliński 2012, s. 184), co pociąga za sobą konieczność uwzględnienia regulacji art. 17 pr. weksl. (zwraca na to uwagę Kaliński, w: Jastrzębski, Kaliński 2012, s. 246).

2. Na tym tle przedstawione wyżej stanowisko Sądu Apelacyjnego, słusznie zakwestionowane przez Sąd Najwyższy w wyroku z 28 listopada 2008 r., wyróżnia się w sposób znaczący. W odniesieniu do problematyki skuteczności zarzutu uzupełnienia weksla niezgodnie z zawartym porozumieniem pozostaje ono w zgodzie z poglądami sprzyjającymi obiegowości blankietów, dopuszczając ochronę nabywcy na podstawie art. 10 pr. weksl. Jednocześnie jest bardziej stanowcze w kwestii ochrony indosatariusza weksla *in blanco* uprzednio wypełnionego (pełnego w chwili nabycia). Prowadzi do zwiększenia intensywności tej ochrony. Wynika bowiem z niego powinność dokonywania oceny skuteczności zarzutu niezgodnego z porozumieniem uzupełnienia takiego weksla w oparciu o regulację art. 17. Różnica jest istotna, z uwagi na odmienne ukształtowanie przesłanek (warunków) ochrony nabywcy w porównaniu z art. 10 pr. weksl. Ten ostatni przepis uzależnia odcięcie ekscepcji od braku złej wiary (rażącego niedbalstwa), podczas gdy art. 17 wymaga od indosatariusza jedynie braku świadomego działania na szkodę dłużnika.

Literatura

- Bagińska, L. (2008). *Prawo wekslowe i czekowe*. Warszawa: C.H. Beck.
 Baumbach, A., Hefermechl, W., Casper, M. (2008). *Wechselgesetz, Scheckgesetz, Recht der kartengestützten Zahlungen*. München: C.H. Beck.
 Bogobowicz, J., Kulikowski, B. (1981). *Weksel w obrocie zagranicznym*. Warszawa: Centrum Informacji i Usług Prawnych Polskiej Izby Handlu Zagranicznego.
 Brox, H. (2004). *Handels-und Wertpapierrecht*. München: C.H. Beck.
 Bukojemska, B. (2003). Porozumienie wekslowe jako umowa prawa cywilnego. *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego*, (3), 20.
 Bülow, P. (2004). *Heidelberger Kommentar zum Wechselgesetz/Scheckgesetz und zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Heidelberg: C.F. Müller Verlag.

- Caputo, E. (1968). *Titoli di credito. Repertorio completo di dottrina e giurisprudenza dal 1934 al 1967*. Padova: CEDAM.
 Chetmoński, A. (1935). Recenzja pracy M. Honzatki, „Obieg weksla in blanco”. *Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny*, (2), 338–339.
 Czarnecki, S. (2013). Glosa do wyroku SN z 10 marca 2011 r. (V CSK 298/10). *Palestra*, (11–12), 212.
 Czarnecki, S. (2013). Kilka uwag na temat zakresu ochrony nabywcy weksla niepełnego — na marginesie wyroku Sądu Najwyższego z 27 listopada 2007 r. *Rejent*, (3), 79.
 Czarnecki, S. (2008). Obieg weksla in blanco na tle art. 10 prawa wekslowego. *Rejent*, (10), 97.

- Doliński, A. (1925). *Polskie prawo wekslowe*. Poznań: Krajowy Instytut Wydawniczy.
- Domaradzki, S. (2004). Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 12 lutego 2002 r., II AKa 313/01. *Prokuratura i Prawo*, (10), 117.
- Fras, M. (2010). Zobowiązanie wekslowe wystawcy weksla in blanco. Uwagi de lege ferenda. W: E. Gniewek, K. Górski, P. Machnikowski (red.), *Zaciąganie i wykonywanie zobowiązań. Materiały III Ogólnopolskiego Zjazdu Cywilistów (Wrocław, 25-27.9.2008 r.)*. Warszawa 2010: C.H. Beck.
- Górski, A. (1925). *Prawo wekslowe i czekowe*. Kraków: Księgarnia F. HOESICKA.
- Heropolitańska, I. (2011). *Prawo wekslowe i czekowe. Praktyczny komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.
- Heropolitańska, I. (2000). *Weksel w obrocie gospodarczym*. Warszawa: Twigger.
- Honzatko, M. (1934). *Obieg weksla in blanco*. Lwów: Towarzystwo Naukowe we Lwowie.
- Jastrzębski, J. (2012). W: J. Jastrzębski, M. Kaliński, *Prawo wekslowe i czekowe. Komentarz*. Warszawa: LexisNexis Polska Sp. z o.o.
- Jastrzębski, J. (2004). Wybrane zagadnienia prawa wekslowego w orzecznictwie Sądu Najwyższego — weksel in blanco. *Glosa*, (4), 32–33.
- Kaliński, M. (2012). W: J. Jastrzębski, M. Kaliński, *Prawo wekslowe i czekowe. Komentarz*. Warszawa: LexisNexis Polska Sp. z o.o.
- Kondracka, A. (2000). Zasady przenoszenia praw z weksla in blanco. *Rejent*, (5), 94.
- Koziński, M.H. (2000). W: M. Bączek, M.H. Koziński, M. Michalski, W. Pyzioł, A. Szumański, I. Weiss, *Papiery wartościowe*. Kraków: Kantor Wydawniczy Zakamycze s.c.
- Koziński, M.H. (2005). Wksle. W: A. Szumański (red.), *System prawa prywatnego*, t. 18. Warszawa: C.H. Beck.
- Koziński, M.H. (2007). W sprawie oceny ważności niektórych zobowiązań cywilnoprawnych, których skutkiem może być ograniczenie swobody wykonywania mandatu posła i senatora. *Przegląd Sejmowy*, (2), 134.
- Kruczałak, K. (1998). *Prawo papierów wartościowych*. Sopot: Wydawnictwo Prawnicze „LEX”.
- Langowski, W. (1998). *Indos wekslowy*. Kraków: Kantor Wydawniczy Zakamycze s.c.
- Litwińska, M. (2000). Glosa do wyroku SN z 18 listopada 1999 r. (I CKN 215/98). *Prawo Papierów Wartościowych*, (10), 40.
- Machnikowski, P. (2009). *Prawo wekslowe*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.
- Machnikowski, P. (2002). *Weksel własny in blanco*. Warszawa: C.H. Beck.
- Mojak, J. (1996). W: A. Jakubecki, J. Mojak, E. Niezbecka, *Prawne zabezpieczenie kredytów*. Lublin: Lubelskie Wydawnictwa Prawnicze.
- Nazarewicz, P. (1996). Wybrane zagadnienia z zakresu prawa wekslowego (II). *Przegląd Prawa Handlowego*, (8), 16.
- Opalski, W. (1997). W: T. Komosa, W. Opalski, *Prawo wekslowe i czekowe. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwa Prawnicze PWN.
- Piasecki, K. (2004). *Prawo wekslowe*. W: S. Włodyka (red.), *Prawo papierów wartościowych*. Warszawa: C.H. Beck.
- Piasecki, K. (1993). *Prawo wekslowe i czekowe z komentarzem oraz wzorami weksli i pism procesowych*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze.
- Priebe, J., Rebentrost, F. (1949). *Kommentar zum Wechselgesetz mit Text des Scheckgesetzes und der Nebengesetze*. Iserlohn — Regensburg: Silva-Verlag.
- Rosenblüth, I. (1936). *Prawo wekslowe. Komentarz*. Kraków: Księgarnia Powszechna.
- Sedatis, L. (1988). *Einführung in das Wertpapierrecht*. Berlin–New York: Walter de Gruyter . § CO.
- Szpunar, A. (1992). Poręczenie wekslowe. *Państwo i Prawo*, (8), 29.
- Szpunar, A. (2001). Wypełnienie weksla in blanco zgodnie z zawartym porozumieniem. *Prawo Papierów Wartościowych*, (3), 7.
- Szpunar, A., Kaliński, M. (2003). *Komentarz do prawa wekslowego i czekowego*. Warszawa: LexisNexis Polska Sp. z o.o.
- Wdowczyk, A. (2005). Porozumienie wekslowe. *Monitor Prawniczy*, (1), 63.
- Wróblewski, S. (1936). *Prawo wekslowe i czekowe*. Kraków: Leon Frommer.
- Zöllner, W. (1987). *Wertpapierrecht. Ein Studienbuch*. München: C.H. Beck.

¹ Przykładowo można wskazać następujące orzeczenia dotyczące tej problematyki: wyrok SA w Poznaniu z 2 marca 2005 r., I ACa 1413/04, OSA 2006, nr 4, poz. 10; wyrok SA w Poznaniu z 9 marca 2011 r., I ACa 122/11, LEX nr 898634. W uzasadnieniu ostatniego z powołanych judykatów uwagę zwracają następujące stwierdzenia: „Jest oczywiste, że w razie wypełnienia weksla in blanco w zakresie sumy wekslowej przez wierzyciela osobistego (remitenta) wierzyciel ten nie może się zasłaniać wobec dłużnika abstrakcyjnością zobowiązania wekslowego, gdy dłużnik roszczenie kwestionuje i żąda rozliczenia dochodzonej kwoty. Wierzyciel ma wówczas obowiązek podać, z jakiego tytułu domaga się zapłaty i przedstawić stosowne wyliczenie”. Ponadto, zdaniem Sądu: „Oczywiście chybiłoby jest stanowisko powoda, że pozwana, jeżeli nie zgadza się z sumą wekslową, powinna wykazać, iż suma ta jest niezgodna z porozumieniem”. Podobny pogląd wyraża też Frasz, w: Gniewek, Górski, Machnikowski, 2010, s. 75–76.

² Z powyższego względu na aprobatę zasługuje stanowisko zaprezentowane w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z 11 października 2013 r., I CSK 763/12, LEX nr 1408884.

³ Sąd pierwszej instancji uznał, iż po przeniesieniu wypełnionego weksla przez indosa pozwani nie mogli zasłaniać się wobec strony powodowej zarzutami opartymi na swoich stosunkach osobistych z wystawcą. W toku postępowania nie zostało natomiast udowodnione, że strona powodowa nabywając weksel działała świadomie na ich szkodę. Roszczenie oparte o weksel było — zdaniem tego Sądu — uzasadnione. Należało jedynie

uwzględnić to, że pozwani uiścili na rzecz wierzyciela kwotę 13 300 zł i w tym zakresie powództwo podlegało oddaleniu.

⁴ Ścisłe przestrzeganie tej reguły prowadzi do wniosku, że kwestia umownego ograniczenia dopuszczalności przelewu praw związanych z wekslem wystawionym in blanco pozostaje poza zakresem regulacji art. 10. Należy w związku z tym krytycznie ocenić pogląd, zgodnie z którym porozumienie z art. 10 pr. weksl. może obejmować także *pactum de non cedendo*.

⁵ Odmienne, choć także krytycznie względem koncepcji rozciągających ochronę przewidzianą w art. 10, 16 ust. 2 i 17 pr. weksl. na indosatariusza weksla nieuzupełnionego, Machnikowski, 2009, s. 214–215. Autor stoi na stanowisku, że do przenoszenia praw związanych z wekslem nieuzupełnionym przed jego uzupełnieniem należy stosować przepisy prawa wekslowego, z wyjątkiem jednak tych, które przewidują odstępstwo od zasady *nemo plus iuris...*

⁶ Przez „indos sensu stricto” autor rozumie pisemne oświadczenie umieszczone na wekslu i zawierające co najmniej podpis uprawnionego z weksla zbywcy (indosanta), skierowane na przeniesienie weksla i praw w nim inkorporowanych na inną osobę (indosatariusza). W przeciwieństwie do „indosu sensu largo”, samo to oświadczenie nie powoduje jeszcze skutków rozporządzających ani zobowiązujących przewidzianych w prawie wekslowym, choć jest dla ich wywołania warunkiem koniecznym.

⁷ W tej kwestii por. także Kruczałak, 1998, s. 54; Piasecki, w: Włodyka 2004, s. 517; Domaradzki, 2004, s. 117; Wdowczyk, 2005, s. 63; Bagińska, 2008, s. 79; Heropolitańska, 2011, s. 105.

Unia Europejska jako wielopoziomowy system rządności

European Union as a multi-level system of governance

dr Franciszek Strzyczkowski

Streszczenie

Zadaniem opracowania jest przedstawienie jednej z teorii integracji europejskiej opisującej Unię Europejską jako wielopoziomowy system rządności. Zgodnie z założeniami tej teorii Unia Europejska stała się nowego typu systemem politycznym i prawnym, którego cechą wyróżniającą jest rozproszenie władzy publicznej na poziomie władzy Państwa Członkowskiego i na poziomie Unii Europejskiej. Jest to więc model rządów zakładający wielopodmiotowe uczestnictwo rządów Państw Członkowskich i organów Unii Europejskiej w prowadzeniu polityki europejskiej. Oznacza to odejście od modelu państwowo-centrycznego na rzecz wielopoziomowego rządzenia, w którym Państwa Członkowskie stanowią integralną część Unii Europejskiej.

Słowa kluczowe:

prawo europejskie, teoria integracji europejskiej, wielopoziomowa rządność.

Summary

This article will make an attempt to describe the development and proposition one of theoretical accounts of the European Integration phenomena describing it as multi-level or multi-tiered type of governance, according to which authority in European Union is horizontally and vertically dispersed between different layers of government. The ongoing interaction between different political actors and overlapping competencies among multiple levels of government makes Member States executives only one among many actors exercising public power in the European polity. Multi-level claims take debate on authority in Europe away from zero-sum notion of sovereignty, yet they change perception of the Member States perceiving it as a new kind of arenas in which different interest, ideas and agendas are contested.

Key words:

european law, European integration theory, Multi-level governance.

1. Wprowadzenie

Wśród różnorodnych ujęć teoretycznych opisujących fenomen integracji europejskiej przeważają te, które traktują Unię Europejską bądź jako tradycyjną organizację międzynarodową powstałą na podstawie prawa międzynarodowego, bądź jako system polityczny w coraz większym stopniu charakterystyczny dla państwa federacyjnego. Warto jednak wskazać, iż w pluralizmie ujęć przedstawianych w piśmiennictwie odnoszącym się do problematyki integracyjnej, doniosłe miejsce zajmują także te teorie, które przyznają Unii Europejskiej cechy nowego, dynamicznego i alternatywnego wobec poglądów państwowo-centrycznych (ang. *state-centric governance*), systemu „rządności bez rządu” przenosząc dyskusję nad UE poza wykluczające alternatywę pojęcie suwerenności (Pollack, 2005, s. 36). Dotychczas najbardziej rozpowszechniony na gruncie stosunków międzynarodowych opis procesu integracji europejskiej zakłada, że integracja europejska nie stanowi zagrożenia dla autonomii państw narodowych w niej uczestniczących (Moravcsik, 1991, s. 19–56) lecz przeciwnie, jak wskazują jego zwolennicy utrwała, a nawet wzmacnia suwerenność Państw Członkowskich. Twierdzenie to stanowi rozwinięcie tezy o tym że, kształt i kierunki rozwoju integracji stanowią rezultat negocjacji prowadzonych między Państwami Członkowskimi, pełniącymi w nim decydującą rolę.

W konsekwencji, zakres integracji uzależniony jest od przyjmowanych stanowisk rządów Państw Członkowskich,

determinowanych wprowadzonym m.in. przez A. Moravcsika, wskaźnikiem najniższego wspólnego mianownika uczestniczących w negocjacjach podmiotów (Moravcsik, 1991, s. 23). Osiągnięte wyniki prowadzonych rokowań między Państwami Członkowskimi są zatem odzwierciedleniem interesów oraz zrelatywizowanego zakresu kompetencji władzy wykonawczej poszczególnych Państw Członkowskich, pozostającej poza zależnościami względem tzw. ponadnarodowych aktorów integracji europejskiej. Podejście *state-centric governance* sytuuje zatem państwa (a ściślej ich rządy) jako ostateczne ośrodki podejmowania decyzji, przekazujące tylko w ograniczonym zakresie władzę zwierzchnią na rzecz ponadnarodowych instytucji, i tylko w celu osiągnięcia określonych celów politycznych czy też gospodarczych. Instytucje ponadnarodowe służą więc realizacji celów wyznaczonych przez organy władzy publicznej Państw Członkowskich. Należy jednak podkreślić, iż w ramach koncepcji państwo-centrycznej nie utrzymuje się twierdzenie, iż podejmowanie decyzji o charakterze ustrojowym należy w pełni do organów Państw Członkowskich lecz wyraźnie akcentuje, że kierunek integracji pozostaje właśnie pod ich kontrolą (Marks, Hooghe, Blank, 1996, s. 342).

Zgodnie z tym podejściem, decyzje podejmowane w ramach Unii Europejskiej odzwierciedlają najniższy wspólny mianownik stanowisk jakie przyjmowane są przez organy władzy wykonawczej Państw Członkowskich, co pozwala im na sprawowanie indywidualnej, jak również kolektywnej kontroli nad procesem integracji europejskiej i jego

wynikiem. Podejście państwo-centriczne wykorzystuje koncepcje zaczerpnięte z tzw. realizmu jako ujęcia opisującego stosunki międzynarodowe, które to kształtowane są poprzez osiągnięte pozycje negocjacyjne determinowane przez krajowe interesy polityczne, „zagnieżdżone” w przestrzeniach wewnątrzpaństwowych, transmitowane na poziom europejski. (Marks, Hooghe, Blank, 1996, s. 342). Założenia państwo-centricznej koncepcji integracji europejskiej były w przeważającej mierze inspirowane przez założenia podejścia intergouvernementalnego wyrastającego z neorealistycznego podejścia do stosunków międzynarodowych.

2. Podejście wielopoziomowej rządności

Alternatywą modelu państwo-centricznego jest podejście, zgodnie z którym Unia Europejska stanowi ustrój, gdzie władza oraz mechanizm podejmowania decyzji politycznych podzielone są między wieloma poziomami władzy: poziomem wewnątrzpaństwowym (ang. *subnational*), krajowym (ang. *national*) i ponadnarodowym czy też ponadpaństwowym (ang. *supranational*). W piśmiennictwie wyróżnia się liczne grono autorów prowadzących swoje badania właśnie w oparciu o paradygmat tego podejścia. Warto wymienić tu między innymi G. Marksa, A. Sbragia, G. Majone, P. Piersona czy S. Liebfrieda (Marks, s. 198; Sbragia, 1992, s. 23–38; Majone, 1994, s. 77–101; Pierson i Liebfried, 1995, s. 43–77).

Rdzeniem konstytuującym to podejście badawcze jest założenie, zgodnie z którym Unia Europejska może być opisana jako system władzy wielopoziomowej (ang. *multi-level government*). Ów wielopoziomowy rząd rozumie się jako system organizacji władzy publicznej podzielonej na dwa (lub więcej) poziomy, gdzie każdy z nich względem siebie pozostaje autonomiczny w obrębie powierzonych im kompetencji do podejmowania decyzji władczych (Bernard, 2002, s. 3). Co więcej, istnieje domniemanie na rzecz suwerennego charakteru kompetencji realizowanej w ramach wyznaczonych obszarów. Najbardziej popularną i rozpowszechnioną formą takiego systemu alokacji władzy rządu jest ustrój federacyjny, którego celem jest osiągnięcie równowagi między względnie przeciwnymi kierunkami i dążeniami — jednolitością i zróżnicowaniem. Jak podkreśla N. Bernard pojęcie wielopoziomowego rządzenia w odniesieniu do Unii Europejskiej jest wykorzystywane negatywnie, jako analityczny punkt odniesienia wskazujący na to, jakiego typu podmiotem zasadniczo Unia Europejska nie jest w relacji do państwa narodowego. Pojęcie to odnosi się także do formalnego trybu podejmowania decyzji przewidującej udział, na podstawie wyznaczonych im kompetencji, wielu aktorów usytuowanych na różnych poziomach, w przypadku Unii Europejskiej wspólnotowym (unijnym) i narodowym (Państwa Członkowskiego).

Ten model rządzenia określany jest jako rządowo-centriczny (ang. *government-centric*), gdyż zakłada iż to agencje rządowe stanowią jego centralny element. Jednak to założenie zostało zakwestionowane w ramach prowadzonych analiz organizacji władzy na poziomie państwa, jak i na poziomie Unii Europejskiej. Pojawiają się bowiem nowe formy rządzenia, które nie opierają się na centralnie zorganizowanej władzy agencji publicznych. W związku

z tym, obok pojęcia wielopoziomowego rządu (ang. *multi-level government*) pojawiło się pojęcie wielopoziomowej rządności (ang. *multilevel governance*), które nie jest jeszcze ostatecznie zdeterminowane w ramach prowadzonego dyskursu. Jak podkreślają G. de Burca i J. Scott samo pojęcie rządności stanowi swoisty konstrukt, który powstał w celu wyjaśnienia procesów i praktyk działania, które jako takie nie zachodzą w ramach mechanizmów tradycyjnych instytucji prawnych o charakterze nakazowo-nadzorczym. Pojęcie rządności sygnalizuje odejście od monopolu tradycyjnych instytucji polityczno-prawnych i wskazuje na zaangażowanie w procesach politycznych innych aktorów niż rządowych, co jako zjawisko może zostać zaobserwowane w ramach struktury Unii Europejskiej. A więc, cechą wyróżniającą zjawisko rządności jest właśnie odejście od sprawowania władzy o charakterze nakazowo-nadzorczym na rzecz podejścia regulacyjnego, bardziej elastycznego, mniej zuniformizowanego i zhierarchizowanego (de Burca, Scott, 2006, s. 6).

Także termin „multi-level governance” uzyskał bardziej zawężoną definicję, wskazując na to że, sprawowanie władzy na poziomie Unii stanowi raczej swoistą konfigurację, ograniczonych i skoordynowanych funkcji realizowanych przez dane podmioty, co odróżnia go od modelu rządowo-centricznego (ang. *government-centred*) zakładającego, iż to wyłącznie agencje rządowe stanowią centralne elementy systemu. Przyjęcie podejścia „nowej rządności” oznacza jednocześnie zakwestionowanie linearnej, hierarchicznej struktury regulacyjnej, gdyż władza opisywana w tym ujęciu nie jest skoncentrowana na różnych zhierarchizowanych poziomach lecz rozproszona jest w wielu miejscach struktury o charakterze sieciowym (Bernard, 2002, s. 11). Zdaniem G. Marksa, L. Hooghe i K. Blanka, konsekwencją przejęcia przez ponadpaństwowe instytucje Unii Europejskiej funkcji decyzyjnych, jest utrata przez Państwa Członkowskie pewnych, wcześniej realizowanych kompetencji sprawowanych względem swojego terytorium (Marks, Hooghe, Blank, 1996, s. 347). Tym samym jednostkowa suwerenność państwa staje się niejako „rozrzedzona” w ramach Unii Europejskiej poprzez ustanowienie nowych kolektywnych trybów podejmowania decyzji z udziałem rządów krajowych, ale także przez autonomiczne instytucje UE, to jest Parlament Europejski, Komisję Europejską i Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Zwolennicy modelu *multi-level governance* nie odrzucają poglądu o istotnym znaczeniu państwa, które pozostają w dalszym ciągu jednymi z najważniejszych aktorów procesu integracji europejskiej, jednak państwo traci swoją monopolistyczną pozycję co do realizowania tzw. interesu narodowego. Mechanizm ten stanowi jednocześnie o „wyłonieniu się” zupełnie nowego typu ustroju politycznego.

Po pierwsze zgodnie z modelem wielopoziomowej rządności, kompetencje do podejmowania decyzji są podzielone między aktorów na różnych poziomach i nie należą do wyłącznej kompetencji władzy wykonawczej Państw Członkowskich. Tak więc, ponadnarodowe instytucje — ponad wszystko Komisja Europejska, Trybunał Sprawiedliwości i Parlament Europejski — posiadają niezależny wpływ na podejmowanie decyzji, który nie może być wywiedziony jako wynikający z pełnienia roli w ramach modelu *principal-agent* w układzie z Państwami Członkowskimi (Marks,

Hooghe, Blank, 1996, s. 349). Władze wykonawcze Państw Członkowskich mogą pełnić ważną rolę, lecz zgodnie z modelem rządzenia wielopoziomowego, należy także uwzględnić rolę niezależnych aktorów na poziomie Unii Europejskiej uczestniczących w prowadzeniu polityki europejskiej.

Po drugie, wspólne podejmowanie decyzji przez państwa członkowskie łączy się ze znaczącą utratą kontroli w określonym zakresie spraw przez poszczególne organy władzy wykonawczej Państw Członkowskich. Najniższy wspólny mianownik jest możliwy do zastosowania tylko w stosunku do decyzji Unii Europejskiej dotyczących zakresu integracji.

Po trzecie, areny dyskursu politycznego są raczej połączone ze sobą, nie zaś odosobnione w ramach przestrzeni jednego Państwa Członkowskiego. Co więcej, nawet jeśli fora krajowe pozostają ważne dla procesu kształtowania się preferencji krajowych, to w ramach modelu wielopoziomowego odrzuca się pogląd iż, aktorzy wewnątrz krajowi umiejscowieni są wyłącznie w Państwach Członkowskich. Aktorzy wewnątrz krajowi działają zatem zarówno na scenie krajowej, jak i tej ponadnarodowej, inicjując i pogłębiając tym samym proces transnarodowej integracji. Państwa nie monopolizując więzów pomiędzy europejskimi a krajowymi aktorami, tym samym stają się jednym z wielu uczestniczących w tym procesie aktorów. W tej perspektywie, złożoność wzajemnych relacji w polityce krajowej nie ogranicza się do poziomu państwa, lecz rozszerza się, obejmując także poziom europejski.

Stanowiący o istocie modelu państwo-centricznego, podział na politykę krajową i międzynarodową jest odrzucony w modelu wielopoziomowego rządzenia. Państwa są integralną i niezwykle silną częścią Unii Europejskiej, lecz nie zapewniają już jedynej płaszczyzny porozumienia między forami ponad i wewnątrz krajowymi, i uczestniczą bardziej niż realizują wyłączną kontrolę nad wielością procesów, które zachodzą na ich terytoriach (Marks, Hooghe, Blank, 1996, s. 349).

W omawianym opracowaniu, G. Marks, L. Hooghe i K. Blank założenia podejścia *multi-level governance* przedstawiają niejako w odniesieniu do częstokroć stawianych przez doktrynę pytań, które następczą problem w procesie integracji europejskiej. Po pierwsze, dlaczego państwa uczestniczące w integracji europejskiej miałyby aprobować przeniesienie własnych kompetencji na rzecz ponadnarodowych lub subnarodowych instytucji? Dlaczego państwa miałyby godzić się na osłabienie swojej suwerenności? Dlaczego państwa miałyby tolerować integrację europejską skoro ogranicza zakres ich kontroli politycznej?

Jak podkreślają wymieni autorzy są to pytania zadawane przez sceptyków wobec roli państwa (*state-contrists*) stawiający postulat o potrzebie analizy motywów integracji europejskiej. Jedną z możliwych odpowiedzi na postawione tak pytania udziela A. Moravcsik argumentując na rzecz twierdzenia, że państwa uczestniczące w procesie integracji europejskiej, ograniczając swoją władzę suwerenną otrzymują coś w zamian. Przekazują na poza państwo kompetencje tracą co prawda całość kontroli względem kształtowania polityki społecznej i gospodarczej, ale jednocześnie w wyniku tego zyskują określone możliwości względem krajowych grup interesu (Moravcsik, 1994). Pozostali autorzy na tak postawione pytanie odpowiadają

inaczej, wskazując na pozorność utraty kontroli przez Państwo Członkowskie, gdyż przeniesienie suwerenności oznacza tylko tyle, że ochrona *zasadniczego interesu będzie budowana na utrzymywanej równowadze między instytucjami Wspólnoty i Państwami Członkowskimi* (Marks, Hooghe, Blank, 1996, s. 349).

G. Marks, L. Hooghe i K. Blank podkreślają konieczność unikania zagrożeń wynikających z przesunięcia pojęciowego „państwa”, które to może być źródłem istotnych nieporozumień. W celu ich uniknięcia przyjmują definicję państwa jako instytucji, czyli szczególnego rodzaju układu formalnych (i nieformalnych) reguł, które organizują zakres spraw oraz podstawy prawne legitymowanej władzy sprawowanej w społeczeństwie. Państwo jest zatem zbiorem społecznie akceptowalnych norm i reguł, które strukturyzują władzę nad społeczeństwem, nie zaś rozumianym wąsko pojęciem odnoszącym się do organów centralnej władzy publicznej, a szczególnie do organów władzy wykonawczej. Takie pojęcie państwa jest spuścizną realistycznego rozumienia stosunków międzynarodowych, których aktorami są autonomiczne państwa. Konieczne jest zatem według G. Marksa, L. Hooghe i K. Blanka dokonanie wyraźnego rozróżnienia między państwem i innymi aktorami integracji europejskiej działającymi w ramach (czy też wewnątrz) państw członkowskich. Dokonanie takiego rozróżnienia przesądza o powodzeniu poprawnej analizy naukowej obejmującej z jednej strony stanowiska przedstawione w literaturze kierunku *state-centric*, odnoszącej się do celów, preferencji, planów i dążeń państw członkowskich, a z drugiej strony podejścia *actor-centred*, w którym identyfikuje się aktorów jako uczestniczących w procesie podejmowania decyzji w ramach Unii Europejskiej.

Jeśli piśmiennictwo, co podkreślają wymienieni autorzy, odnosi się do państwa jako aktora, zazwyczaj chodzi o jedną z następujących instytucji państwowych: parlament, władzę wykonawczą, administrację publiczną, sądy, siły zbrojne i co najważniejsze, w kontekście podejmowania decyzji Unii Europejskiej, o przywódców partii politycznych stojących na czele rządów Państw Członkowskich. Stąd pytanie jakie jest zadawane z tej perspektywy badawczej nie brzmi dlaczego państwa ograniczyły swoją suwerenność w procesie integracji europejskiej, lecz dlaczego określone aktorzy (parlamenty, rządy, przywódcy partii politycznych państw członkowskich) zmienili reguły sprawowania władzy w państwie, przekazując określone kompetencje na rzecz Unii Europejskiej? Udzielając odpowiedzi na to pytanie omawiani autorzy identyfikują istotne powody dla zainteresowania głów państw (rządów) przesunięciem kompetencji podejmowania decyzji na poziom ponadnarodowy. Okazuje się, że płynące stąd korzyści polityczne mogą przeważać koszty utraty kontroli politycznej. Jedną z takich korzyści jest przesunięcie z poziomu rządów krajowych na poziom unijny odpowiedzialności za podejmowanie niepopularnych i ryzykownych decyzji. Z jednej strony przeniesienie kompetencji na poziom ponadnarodowy może skutecznie zapewnić, aby koszt negocjowanych transakcji i wykonywanych decyzji ponoszony byłby kolektywnie (Majone, 1994). Z drugiej strony, realokacja ośrodka decyzyjnego może być istotnym kosztem poniesionym przez przywódców politycznych państw członkowskich. Jednak koszt powstałe w wyniku przeniesienia

możliwości podejmowania decyzji, mogą okazać się w sensie politycznym mniej niższe od korzyści jakie przynosi realizacja celów polityk w ramach Unii Europejskiej. Wystarczy, że politycy są w stanie zinstytucjonalizować swoje partykularne cele (np. subsydia rolnicze), aby usatysfakcjonować swoich wyborców (Marks, Hooghe, Blank, 1996, s. 350).

Korzyści decyzyjnej realokacji mogą polegać także na tym, że rządy mogą być wręcz zainteresowane przeniesieniem podejmowania decyzji na poziom Wspólnoty, aby uniknąć odpowiedzialności za te niektóre obszary polityki prowadzonej na poziomie państwa członkowskiego, na których doświadczają określonych trudności. Przykładem tego jest przekazanie Komisji Europejskiej kontroli koncentracji przedsiębiorstw o wymiarze wspólnotowym oraz utworzenie Europejskiego Banku Centralnego wyłącznie odpowiedzialnego.

3. Podejście administracyjne

Przedstawiona koncepcja wielopoziomowej rządności została rozwinięta w ramach tzw. podejścia administracyjnego (Pollack, 2005, s. 36). Na wstępie należy zaznaczyć, iż, co wyraźnie akcentuje jeden z jego twórców amerykański politolog M. Pollack, podejście administracyjne nie stanowi jednej teorii dotyczącej Unii Europejskiej, czy też integracji europejskiej, lecz jest raczej zbiorem teorii opisujących podobne zagadnienia (Jachtenfuchs, 2004, s. 245–264).

W opinii M. Pollacka autorem najbardziej przydatnego opisu założeń szkoły administratywistów przeciwstawianej alternatywnym ujęciom racjonalnym, komparatystycznym i pozytywistycznym ujęciom dokonał Simon Hix. W ramach tej analizy, podejście administracyjne stanowi wyróżniający się program badawczy, oryginalny na co najmniej w czterech poziomach. Po pierwsze, podejście administracyjne traktuje system polityczny Unią Europejską jako niezhierarchizowany, mobilizujący sieci prywatnych i publicznych aktorów, do coraz większego zaangażowania w negocjacje i rozwiązywanie problemów, w ramach zarówno formalnych, jak i nieformalnych instytucji. Po drugie, praktyczny opis budowany w kręgu administratywistów wyraża głęboką podejrzliwość wobec sprawdzonych modeli, i opowiadają się za potrzebą stworzenia „nowej siatki pojęciowej” (Schmitter, 1996, s. 133) obejmującej wyróżniające się cechy systemu rządności Unii Europejskiej. Po trzecie, badacze systemu rządności Unią Europejską wielokrotnie, choć nie zawsze wskazują na zdolność systemu Unii Europejskiej do zapewnienia forum prowadzonych negocjacji i przekonywania na rzecz prowadzenia polityki, w którym to procesie uczestniczą aktorzy są otwarci na zmianę swoich preferencji, i w którym argumenty merytoryczne mogą mieć takie same, a nawet większe znaczenie, jak siła negocjacyjna będąc funkcją potencjałów uczestników procesu podejmowania decyzji.

Po czwarte, administratywiści, podobnie jak komparatyści, wyrażają na poziomie normatywnym, obawę wobec zjawiska występującego w ramach ustroju Unii Europejskiej „deficytu demokratycznego”, lecz tam, gdzie komparatyści podkreślają użyteczność modeli demokracji opartych o zasadę większości i parlamentarnego przedstawiciel-

stwa, administratywiści podkreślają potencjał Unii Europejskiej jako ustroju „deliberatywnej demokracji”, w której kolektywne rozwiązywanie problemów oferuje normatywnie alternatywną i lepszą formę prowadzenia polityki w wielonarodowej Unii (Hix, 1994, s. 11). Należy dodać, że podczas, gdy S. Hix i inni komparatyści odwołują się do pozytywistycznych modeli testowania hipotez i uogólnień, „administratywiści” skłaniają się do „obszernych opisów” i normatywnej krytyki obecnego systemu rządów w Unii Europejskiej (Pollack, 2005, s. 36).

Jak zaznacza M. Pollack, mimo powszechności literatury skupionej na zjawisku rządności, jej prawdziwy rozkwit przypadł na dekadę lat dziewięćdziesiątych (Pollack, 2005, s. 37). Opierając się na jego opinii w analizie omawianego fenomenu należałoby się skupić na następujących kluczowych kwestiach: na koncepcji rządzenia czy też administrowania wyprowadzonej z dorobku literatury stosunków międzynarodowych i komparatystyki politycznej, na zdolności rządzenia po stronie Państw Członkowskich, jak i instytucji Unii Europejskiej oraz na problemach legitymacji Unii Europejskiej i nowych koncepcjach traktujących Unię Europejską jako efekt procesu „deliberacyjnego supranacjonalizmu” posiadającego potencjał, by rozwiązywać wszystkie wymienione problemy na poziomie normatywnym (Pollack, 2005, s. 37).

W przedstawionej przez S. Hixa krytyce, podejście administracyjne zostało zbudowane jako podejście, traktujące Unię Europejską jako twór *sui generis*, całkowicie odmienny od dotychczas istniejących systemów politycznych i przez to wymagający nowego, w stosunku do sprawdzonych teorii, podejścia teoretycznego. Mimo to, co podkreśla M. Pollack, literatura administratywistyczna dotycząca Unii Europejskiej czerpie w znacznym stopniu z koncepcji rządzenia wypracowanych zarówno przez komparatystów, jak i badaczy stosunków międzynarodowych.

4. Nowe definicje rządności

Na polu badań porównawczych, termin „rządność” pojawia się z coraz większą częstotliwością jest jednak definiowany inaczej, wypuklając różne jego aspekty, włączając koncepcje zarządzania korporacyjnego, „new public management”, czy normatywne koncepcje „dobrych rządów”. W swych najdalej posuniętych koncepcjach, badacze systemów rządzenia, administrowania czy zarządzania stawiają radykalną tezę, iż współczesnym rządóm brak jest odpowiedniej wiedzy i informacji koniecznych do rozwiązywania skomplikowanych problemów ekonomicznych i społecznych, i że rządzenie należy realizować poprzez negocjacyjne interakcje publicznych i prywatnych aktorów. W tym ujęciu, nowoczesne społeczeństwo jest niejako „radykalnie zdecentralizowane”, a rząd występuje jedynie jako jeden z aktorów uczestniczących w szeroko rozumianym procesie socjoekonomicznego zarządzania.

Prawdopodobnie najbardziej systematyczną definicję rządności zaproponował M. Rhodes, definiując to pojęcie w kategoriach „samoorganizującej się, międzyorganizacyjnej sieci”, i identyfikując cztery podstawowe cechy „rządności”, które wyróżniają ten termin na tle tradycyjnej konotacji terminu „rząd”. Rządność jest w tym znaczeniu

pojęciem szerszym aniżeli „rząd”, gdyż obejmuje także udział niepaństwowych aktorów procesu rządzenia. Poszerzenie rozumienia granic w jakich działa państwo oznacza, że granice między sektorem publicznym i prywatnym zaciera się. Występują tutaj stałe kanały interakcji między uczestnikami sprawowania władzy rozumianej jako sieć, które są rozwinięciem konieczności wymiany zasobów i negocjowania wspólnych celów. Interakcje te są typowe dla gry, opartej na zasadzie zaufania i reguł pochodzących z negocjowania możliwych tylko dzięki ich zaakceptowaniu przez uczestników sieci. Sieci te nie mogą być traktowane jak państwo, gdyż działają na zasadzie samoorganizacji, ciesząc się zakresem autonomii wobec państwa.

W tym ujęciu, rządność poprzez publiczno-prywatne sieci odwołuje się do tradycyjnego podziału na „rynek” oraz „hierarchie” organów władzy, jako dwóch idealnych typów „autorytatywnego alokowania zasobów i realizowania kontroli oraz koordynacji” (Williamson, 1985).

Idea rządności nie jest niczym nowym. Praktyka współpracy i kooperacji między podmiotami publicznymi i prywatnymi w dziedzinie świadczeniu usług istniała od zawsze. Trwałe przyjęcie neoliberalnego modelu ustrojowego w Europie i USA przyspieszyło generalne przesunięcie kształtowanych ustrojów instytucjonalnych w kierunku administrowania poprzez takie sieci, ponieważ państwa redukują rozmiary swego sektora publicznego i przerzucają odpowiedzialność za dostarczanie usług na sektor prywatny i pozarządowy (Pollack, 2005, s. 37). Ten przeskok od rządu (ang. *government*) do rządności (ang. *governance*) rodzi nowe wyzwania na poziomie analitycznym, jak i normatywnym włączając powiązane ze sobą problemy podziału kompetencji, nadzoru oraz pewności. Fragmentacja występuje, gdy biurokracja scentralizowanego państwa dokonuje outsourcingu dostarczania usług na rzecz różnego rodzaju publicznych, quasi-publicznych i prywatnych organizacji, redukując tym samym kontrolę rządu nad efektami procesów politycznych. W najlepszym razie, jak argumentuje M. Rhodes (Rhodes, 1996, s. 654) i inni stwierdzają, że rządy mogą „sterować” publiczną polityką w pewnym określonym kierunku, lecz w praktyce efekty decyzji politycznych będą zależały od interakcji między licznymi aktorami, nad którymi rządy mają ograniczoną kontrolę (Pollack, 2005, s. 38). Ów *outsourcing* funkcji publicznych przez rządy na rzecz niezależnych agencji i podmiotów prywatnych rodzi pytania o demokratyczną odpowiedzialność wobec elektoratu — pytania, które stanowią przedmiot badań opisywanych w literaturze odnoszącej się do zagadnienia rządności w kontekście stosunków międzynarodowych.

W obrębie teorii stosunków międzynarodowych, analiza rządności na ogół rozpoczyna się od systemowego spojrzenia na państwa koegzystujące w warunkach anarchii, aniżeli od procesów prowadzenia publicznej polityki wewnątrz państwa, a podstawowe pytanie jakie jest stawiane dotyczy tego, czy i pod jakimi warunkami, państwa mogą kooperować w celu osiągnięcia wspólnych celów, pomimo braku globalnego rządu zdolnego wprowadzić w życie i egzekwować zawarte między nimi porozumienia.

W tym kontekście, porządek międzynarodowy może być utrzymany nawet w przypadku braku światowego rządu, poprzez procesy międzynarodowej rządności, która, według

analiz przedstawionych przez J. Rosenau, nie są synonimiczne z rządem czy rządzeniem (Rosenau, 1992, s. 4). Oba odnoszą się do celowego działania, do zorientowanej na osiągnięcie celu aktywności, systemów reguł. Rząd sugeruje jednak, że działania są podejmowane przez formalne organy władzy, władzę policyjną gwarantującą implementację przyjętych celów politycznych, podczas gdy rządność (ang. *governance*) odnosi się do działań opartych na wspólnych dążeniach, które mogą ale nie muszą wynikać z prawnej i formalnie ustalonej odpowiedzialności, i które niekoniecznie muszą się opierać na władzy policyjnej celem przewyciężenia nieposłuszeństwa i wymuszenia posłuszeństwa. Rządność jest, innymi słowy, bardziej pojemnym zjawiskiem aniżeli samo sprawowanie władzy czy też rządzenie. Co prawda, obejmuje ono instytucje rządowe, ale także nieformalne mechanizmy pozarządowe, w ramach których działają jednostki i organizacje, zaspokajając swoje potrzeby i realizując swoje cele.

Podsumowując, kluczowym dla podejścia administracyjnego jest nacisk kładziony na niehierarchizowane sieci powiązań i publiczno-prywatne interakcje, a także na idee rządzenia bez rządu czerpane z tradycyjnych badań nad administrowaniem czy zarządzaniem prowadzonych zarówno w ramach teorii komparatystyki politycznej, jak i teorii stosunków międzynarodowych (Pollack, 2005, s. 39).

Z pracy G. Marksa dotyczącej konstruowania i implementacji funduszy strukturalnych Unii Europejskiej, wynika iż podejście administracyjne jest możliwe do zastosowania względem Unii Europejskiej. W opozycji do podejścia intergowermentalistów, reprezentowanych m.in. przez A. Moravcsika, autor argumentuje, iż funkcjonowanie funduszy strukturalnych z lat 80. i 90. wskazywało na zróżnicowany opis Unii Europejskiej, w ramach której rządy centralne traciły kontrolę zarówno nad Komisją Europejską (która odgrywała kluczową rolę w tworzeniu i implementacji funduszy), jak i nad władzami lokalnymi i regionalnymi wewnątrz Państw Członkowskich, którym przyznano „partnerską” rolę w planowaniu i implementowaniu reform wymaganych w ramach funduszy do roku 1988. G. Marks wskazywał, że koncepcja wielopoziomowej rządności obejmuje zarówno wymiar wertykalny, jak i horyzontalny. „Wielopoziomowość” odnosi się do wzrastającej współzależności rządów działających na różnych poziomach terytorialnych, podczas gdy rządność sygnalizuje rosnącą współzależność pomiędzy aktorami rządowymi i pozarządowymi na różnych poziomach terytorialnych (Marks, 1992, s. 191–224). Bardziej szczegółowo analiza wielopoziomowej rządności G. Marksa łączy fundamentalne poglądy prezentowane w literaturze dotyczącej sieci politycznych, kładącej nacisk na sieci polityczne i ugrupowania polityczne prywatnych i publicznych aktorów w określonych obszarach działania, ze szczególnym uwzględnieniem Unii Europejskiej, w której aktorzy ponadnarodowi oraz wewnątrz krajowi wymykają się względem tradycyjnego poziomu kontroli rządów krajowych (Marks, 1992, s. 191–224).

Późniejsze studia nad funduszami strukturalnymi UE zakwestionowały jednak zbyt daleko posunięte twierdzenia empiryczne G. Marksa, wskazując w szczególności, że rządy Państw Członkowskich Unii Europejskiej odgrywały centralną rolę w sukcesywnych reformach tych funduszy,

i że Państwa Członkowskie pozostały efektywnymi „bramkarzami”, obejmującymi swym zasięgiem oddziaływania zarówno na Komisję, jak i wewnątrz krajowe władze niższego szczebla chroniąc tym samym suwerenność państw (Pollack, 1995, s. 361–390).

Podjmując ten wysiłek, zwolennicy wielopoziomowego podejścia administracyjnego odstąpili od części wcześniejszych, jak się zdaje zbyt daleko idących twierdzeń na temat transformujących skutków polityki strukturalnej Unii Europejskiej, kontynuując jednak analizę zarówno wertykalnego wymiaru reformy terytorialnej i horyzontalnego wymiaru sieci politycznych w Unii Europejskiej. W odniesieniu do aspektów wertykalnych, L. Hooghe, G. Marks i inni odwołali się do polityki regionalnej UE, próbując zakreślić i wyjaśnić istotne wahania w zakresie faktycznej władzy aktorów ponadnarodowych i wewnątrz krajowych w różnych krajach członkowskich w odniesieniu do funduszy strukturalnych UE. W niektórych przypadkach, autorzy wskazują, iż nowe, ale i dotychczas istniejące struktury władzy regionalnej i samorządowej posiadały możliwości do odwołania się do zasobów UE i mobilizowania powiązań politycznych w celu wzmocnienia autonomii regionalnej, podczas gdy w innych krajach, takich jak Wielka Brytania czy Grecja, rządy krajowe były w stanie utrzymać pozycję głównych pośredników pomiędzy UE a władzami regionalnymi (Hooghe, 1995). W szerszym zakresie autorzy opisując to zjawisko argumentują na rzecz wyjaśnienia istotnego wpływu „przesunięcia władzy” z rządów krajowych na rzecz forum europejskiego i do wewnątrz krajowych, regionalnych struktur władzy w znacznej grupie państw członkowskich, włączając w to Francję, Włochy, Hiszpanię, Belgię i Wielką Brytanię. Pozostaje jednak spornym, czy opisana dewolucja władzy była „napędzana” wyłącznie dynamiką pochodzącą z procesu integracji europejskiej czy też ma ona źródła identyfikowane przez czynniki wewnątrz krajowe. Jasnym jest jednak, że wiele organów władz regionalnych przyjęło aktywną postawę w tworzeniu i prowadzeniu polityki europejskiej, organizując stałe przedstawicielstwa i biura w Brukseli (głównie w przypadku Niemiec i Belgii), czasami stanowiąc część delegacji ze swoich krajów członkowskich w Radzie Europejskiej, jeśli dane sprawy podejmowane na forum europejskim dotyczą konstytucyjnie chronionych prerogatyw władz regionalnych (Marks, Hooghe, Blank, 1996).

Podobnie jak literatura opisująca zjawisko federalizmu, wielopłaszczyznowe podejście administracyjne skupia się w znacznej części na regionalnym wymiarze rządności w Europie. Jednak w odróżnieniu od literatury z zakresu federalizmu, badacze przyjmujący wielopłaszczyznowe podejście administracyjne zajmują się nie tylko podziałem kompetencji pomiędzy państwa narodowe i Unię Europejską, lecz także szerzej przesunięciem kompetencji i władzy z rządów krajowych na aktorów zarówno ponadnarodowych jak i wewnątrz krajowych.

5. Pojęcie zarządzania sieciowego

Warto zaznaczyć, że w piśmiennictwie odnoszącym się do omawianego problemu można odnaleźć próby charakterystyki horyzontalnego albo sieciowego wymiaru integracji europejskiej, gdzie metafora sieci służy do opisu

sposobu działania transnarodowych i międzyrządowych powiązań w Europie. Powiązania te obrazujące współzależności wywierają relatywny wpływ zarówno na różnych aktorów, jak i na materię planów politycznych realizowanych w ramach UE (w szczególności na wstępnych etapach, gdy Komisja przedstawia projekty legislacyjne poddając je konsultacji z partnerami zarówno publicznymi i prywatnymi). Ta sieciowa forma rządności, została ponadto w ciągu minionej dekady wzmocniona stworzeniem szeregu formalnych i nieformalnych sieci narodowych regulatorów w takich dziedzinach, jak ochrona konkurencji, regulacja sektorów infrastrukturalnych i regulacja rynków finansowych.

W przeciwieństwie do większości badaczy polityki tworzenia prawa, podkreślających wagę wymogów formalnych określających czynności podejmowane przez podmioty uczestniczące w tworzeniu prawa, analitycy sieciowych powiązań politycznych podkreślają nieformalny charakter tworzenia polityki Unii, w którym to procesie takie sieci prywatnych i publicznych uczestników w sposób istotny określają zakres projektów politycznych i prawnych, które to w następnym etapie są przedstawiane Radzie Europejskiej i Parlamentowi w celu ich formalnego przyjęcia (Pollack, 2005, s. 40).

6. Nowe kierunki badań w ramach podejścia administracyjnego

Ostatni nurt wielopłaszczyznowego podejścia administracyjnego, na którym warto skupić uwagę są badania podejmujące analizę fenomenu tzw. „europeizacji”, zjawiska, w ramach którego instytucje i realizowane przez nie polityki UE wpływają na instytucje i polityki na poziomie krajowym Państw Członkowskich. Sugeruje się, że zasięg europeizacji jest wynikiem dwóch czynników: (1) presji adaptacyjnej wynikającej ze zróżnicowanych „korzyści przystosowania” między Unią Europejską a krajowymi instytucjami i politykami; (2) krajowych zmiennych ingerencyjnych, wynikających z przyjętej organizacji instytucjonalnej i politycznej Państw Członkowskich (Cowles, Caporaso, Risse, 2001). W następstwie przyjętych założeń, budowany jest pogląd o alternatywnych mechanizmach (racjonalistycznych i konstruktywistycznych), dzięki którym UE może wpływać na krajową politykę — w pierwszym rzędzie poprzez ograniczanie swobody podejmowania decyzji na poziomie krajowym, a w drugim rzędzie poprzez ustanawianie nowych norm, które zmieniają dotychczasową postać tożsamości i preferencji Państwa Członkowskiego. Zarówno hipotezy racjonalizmu, jak i konstruktywizmu, zostały poddane w nauce sprawdzianowi empirycznemu, gdzie zadaniem badawczym było wykazanie wpływu jakie wywierać ma członkostwo w UE na nowe kraje członkowskie. Jak się okazuje, choć zgodnie z modelem konstruktywistów, w ramach prowadzonych badań wykazano dowód, iż kreowana i realizowana przez instytucje UE polityka implementacji prawa europejskiego w istotny sposób wpływa na Państwa Członkowskie, to jednak moment podejmowanych reform politycznych, jak i ich wymiar materialny w nowych państwach członkowskich sugeruje, że największe oddziaływanie w wśród nich było rezultatem bezpośrednich uwarunkowań samej UE, co

jest zgodne z kolei, z klasycznym opisem racjonalistycznych stosunków międzynarodowych (Pollack, 2005, s. 41).

Drugi kluczowy kierunek, w ramach podejścia administracyjnego do badań nad UE bierze swoje początki w rozwijającej się w latach 80. i 90. literatury ekonomii politycznej (Streeck, 1996, s. 64–94; Scharpf, 1999, s. 12). Większość analiz podejmuje krytykę ustroju UE na poziomie normatywnym, wskazując na wątpliwości co do autonomii i zdolności do zarządzania Państw Członkowskich poprzez tzw. „negatywną integrację” oraz do możliwości ustanowienia demokratycznie legitymowanej rządności na poziomie ponadnarodowym. Krytyka ta przebiega na dwóch poziomach. Na pierwszym, argumentuje się, że regulacje w zakresie rynku wewnętrznego UE i orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE w coraz większym stopniu zmieniają, uchylają czy też zastępują krajowe regulacje społeczne, co wpływa na zakres demokratycznie ustanawianych i realizowanych preferencji Państw Członkowskich. Ponadto nawet tam, gdzie prawodawstwo EU i orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE nie zastępuje obowiązujących krajowych regulacji prawa podatkowego czy też ubezpieczeń społecznych, przyczynia się do powstania zjawiska konkurencji obowiązujących porządków prawnych, w których rządy Państw Członkowskich zmuszone są do zmiany swoich regulacji krajowych, motywowane dążeniem do zapewnienia atrakcyjności tworzonego środowiska prawnego dla mobilnego kapitału. Może to prowadzić do swego rodzaju „wyścigu”, w którym rządy krajowe konkurują w obniżaniu obciążeń podatkowych i ciężarów regulacyjnych dla biznesu, który w przeciwnym razie odejdzie do innych państw UE. Przyjęcie wspólnej waluty Euro i ograniczenia krajowego deficytu budżetowego, na podstawie Europejskiego Pakietu Stabilizacji i Rozwoju, ogra-

niczyły krajową autonomię znacznie bardziej, pozbawiając Państwa Członkowskie tych, wcześniej dostępnych, instrumentów polityki fiskalnej, odgrywających tak doniosłą rolę w realizacji celów społecznych i ekonomicznych. Innymi słowy europejski *acquis communautaire* zagraża *acquis nationale* w funkcjonującym w silnej, liberalnej demokracji państwa dobrobytu (Pollack, 2005, s. 41).

Zakres i charakter tego opisanego zjawiska „równania w dół” pozostaje przedmiotem dyskusji, przy czym W. Scharpf (Scharpf, 1999, s. 14) i inni uznają, że zakres wzmagającej konkurencję deregulacji wydaje się być różny w zależności od obszaru regulacji prawnej. Co więcej, jak sugerują niektórzy przedstawiciele nauki, mechanizm ten nie tyle polega na „równaniu w dół” co zakwestionowaniu głęboko zakorzenionych preferencji państwa neoliberalnego. Warto więc podkreślić, że mechanizm ograniczania możliwości do ustanawiania szczególnie istotnych regulacji prawnych po stronie państwa stanowi istotny problem, który powinien być przedmiotem pogłębionej analizy, zwłaszcza na płaszczyźnie teorii demokracji.

Zakończenie

Nieprzetłumaczalne pojęcie *multi-level governance*, nie stanowi jedynie terminu opisującego proces integracji Europejskiej, który budowany jest w ramach konkurencyjnych poglądów odnoszących się do charakteru tego zjawiska. Przedstawia on także normatywny ideał nowoczesnej, sieciowej administracji publicznej, wskazując na potrzebę uwzględniania społeczeństwa obywatelskiego, poprzez ułatwienie mu interakcji z organami władzy publicznej, centralnej, jak i samorządowej, przy jednoczesnej realizacji zasad przejrzystości, jawności i zrównoważenia.

Literatura

- de Burca, G., Scott J. (2006). Introduction: New Governance, Law and Constitutionalism. W: G de Burca, J. Scott (red), *Law and New governance in the EU*. Oxford/Portland.
- Bernard, N. (2002). *Multilevel Governance in the European Union*. Kluwer Law International.
- Cowles, M., Caporaso, J., Risse, T. (2001). *Transforming Europe: Europeanization and domestic Change*. Ithaca, Cornell University Press.
- Hix, S. (1994). The Study of the European Community: the Challenge to Comparative Politics. *Western European Politics*, 17(1).
- Hix, S. (1998). The Study of the European Union II: The „New Governance” Agenda and its Rival. *Journal of European Public Policy*, 5(1).
- Hooghe, L. (1995). *Cohesion Policy and European Integration: Building Multi-Level Governance*. Oxford.
- Jachtenfuchs, M., Kohler-Koch, B. (2004). Governance and Institutional Development. W: A. Wiener, T. Diez (red). (2004). *European Integration Theory*. Oxford: Oxford University Press.
- Liebfried, S., Pierson, P. (1995). Semi-sovereign Welfare States: Social Policy a Multi-tiered Europe. W: *European Social Policy: Between Fragmentation and Integration*. Washington.
- Marks, G. (1992). Structural Policy in the European Community. W: A. Sbragia (red), *Euro-Politics Institutions and Policy-Making in the “New” European Community*. Washington DC: Brookings Institution.
- Marks, G., Hooghe, L., Blank, K. (1996). European Integration from 1980s: State v. Multi-Level Governance. *Journal of Common Market Studies*, 34(3).
- Majone, G. (1994). The Rise of the Regulatory State in Europe. *West European Politics*, 17(3).
- Moravcsik, A. (1991). Negotiating the Single European Act: National Interests and Conventional Statecraft in the European Community. *International Organization*, 45(1).
- Moravcsik, A. (1993). Preferences and Power in the European Community: A Liberal Intergovernmentalist Approach. *Journal of Common Market Studies*, 31(4).
- Pierson, P. (1996). The Path to European Integration: A Historical Institutional Analysis. *Comparative Political Studies*, 29(2).
- Pollack, M. (1995). Regional Actors in an Intergovernmental Play. The Making and Implementation of EC Structural Policy. W: S. Mazey, C. Rhodes (red.), *The State of the European Union* (vol. III). Boulder: Lynne Rienner.
- Pollack, M. (2005). *Theorizing EU Policy-Making*. W: H. Wallace, W. Wallace, M. Pollack (red.), *Policy-Making in the European Union*. Oxford University Press.
- Rhodes, M. (1996). The New Governance: Governing without Government. *Political Studies*, 44(3).
- Rosenau, J. (1992). Governance, Order, and Change in World Politics. W: J. Rosenau, E.O. Czempiel (red.), *Governance without Government: Order and Change in World Politics*. Cambridge University Press.
- Sbragia, A. (1992). *Euro-Politics: Institutions and Policymaking in the “New” European Community*. Washington DC: Brookings Institution.
- Sbragia, A. (1993). The European Community: A Balancing Act. *Journal on Federalism*, 23(3).
- Scharpf, W. (1999). *Governing in Europe: Democratic and Effective?* Oxford University Press.
- Schmitter, P.C. (1996). Examining the Present Euro-Polity with the Help of Past Theories. W: G. Marks, F. Scharpf, P.C. Schmitter, W. Streeck (red.), *Governance in the European Union*. London: Sage Publications.
- Streeck, W. (1996). Neo-Voluntarism: A New European Social Policy Regime W: G. Marks, F. Scharpf, P.C. Schmitter, W. Streeck (red.), *Governance in the European Union*. London: Sage Publications.

Nadużycie pozycji dominującej przez organizacje zbiorowego zarządzania prawami autorskimi i pokrewnymi

The abuse of a dominant position by collective management organizations of copyright and related rights

dr Inga Oleksiuk

Streszczenie

Przedmiotem studiów przedstawionych w niniejszym artykule jest krytyczna ocena stosowania prawa antymonopolowego wobec uczestników krajowego rynku zarządzania prawami autorskimi i pokrewnymi. Rozważania odnoszą się do działalności realizowanej w Polsce przez organizacje zbiorowego zarządzania w rozumieniu art. 104 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Decyzje organów ochrony konkurencji, włączające prawo antymonopolowe do oceny działań ozz mają istotny wpływ na zasady funkcjonowania system zbiorowego zarządzania w Polsce. UOKiK stosuje środki prawne, znamienne dla systemu zbiorowego zarządu opartego na konkurencji rynkowej. Odpowiednio kieruje się zasadą wolności kontraktowej podmiotów uprawnionych i ocenia zbiorowy zarząd wyłącznie w kategoriach ekonomicznych. Celem studium jest rozpoznanie skutków i przeanalizowanie zagadnień problemowych, jakie powinny być brane pod uwagę w toku konkretnego postępowania antymonopolowego.

Słowa kluczowe:

pozycja dominująca, organizacje zbiorowego zarządzania, konkurencja, prawa autorskie.

Summary

The subject of the study presented in this article is a critical evaluation of application of anti-monopoly law to the conduct of undertakings active in the national market for the provision of the service of collective management of copyright and related rights. It refers to the collective management organizations ("CMO") as defined in Article 104 of the *Copyright and Related Rights Act of 4 February 1994*. The consequences of the application of antimonopoly law to CMO are ground-breaking for the national system of collective administration. Antitrust authority applies a regulatory framework based on competition-oriented system of collective administration. Thus, relies on a principle of contractual freedom of the right-holder and evaluate collective management exclusively in economic terms. In her research, the author identifies the consequences and analyses the problematic issues that should be taken into account in the course of a particular antitrust investigation.

Key words:

dominant position, collective management organizations, competition, copyrights.

Uwagi wprowadzające

Problematyka publicznoprawnej ochrony konkurencji¹ w zakresie zbiorowego zarządu prawami autorskimi i pokrewnymi² jest przedmiotem zainteresowania zarówno przedstawicieli doktryny, jak i praktyki prawa (Błęszyński, 2009, 2011; Lewandowski, 2009; Kępiński, 2007; Materna, 2009, 2013; Oleksiuk, 2009, 2009a; Skubikowski, 2005; Szaciński, 1999). Celem studiów przedstawionych w niniejszym artykule jest krytyczna ocena stosowania zakazu nadużycia pozycji dominującej przez ozz w relacji z podmiotami uprawnionymi, w tym wskazanie zagadnień problemowych, jakie powinny być brane pod uwagę w toku konkretnego postępowania antymonopolowego³.

Zgodnie z argumentacją przedstawioną już w literaturze przedmiotu (Oleksiuk, 2009, s. 18) studia mające na celu

skonkretyzowanie pojęć prawnych z zakresu prawa antymonopolowego na potrzeby ich stosowania wobec uczestników międzynarodowego obrotu prawami autorskimi i pokrewnymi nie mogą ograniczać się do analizy definicji legalnych prowadzonych na gruncie prawa antymonopolowego (*sensu stricto*). Za wykorzystaniem narzędzi analizy systemowej i funkcjonalnej przemawia wielowymiarowy charakter zagadnień znajdujących się na pograniczu regulacji prawno-autorskiej i antymonopolowej.

Nadużycie pozycji dominującej na gruncie u.o.k.k.

Katalog zachowań, które mogą być kwalifikowane w kategoriach nadużycia ma charakter otwarty. Zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy antymonopolowej zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego

lub kilku przedsiębiorców. Ustawodawca stypizował następujące praktyki: bezpośrednie lub pośrednie narzucanie nieuczciwych cen — nadmiernie wygórowanych albo rażąco niskich (art. 9 ust. 2 pkt 1); ograniczenie produkcji, zbytu lub postępu technicznego ze szkodą dla konkurentów lub konsumentów (art. 9 ust. 2 pkt 2); stwarzanie zróżnicowanych warunków konkurencji na rynku właściwym, przez stosowanie w podobnych umowach uciążliwych lub niejednolitych warunków umów (art. 9 ust. 2 pkt 3); uzależnienie zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez kontrahenta innego świadczenia, które nie ma rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy (art. 9 ust. 2 pkt 4); przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji, (art. 9 ust. 2 pkt 5). Przepis ten zawiera klauzulę generalną. W praktyce chodzi tu przede wszystkim o odmowę kontraktowania, odmowę dostaw, odmowę dostępu do urządzeń kluczowych, odmowę udzielenia licencji, narzucanie uciążliwych warunków umów, przynoszących przedsiębiorcy nieuzasadnione korzyści (art. 9 ust. 2 pkt 6); podział rynku według kryteriów: terytorialnych, asortymentowych lub podmiotowych (art. 9 ust. 2 pkt 7).

Przyjęte w Polsce rozwiązania odpowiadają (w zasadzie) zapisom prawa UE, zgodnie z którym (artykuł 102 TFUE, dawny artykuł 82 TWE) niezgodne z rynkiem wewnętrznym, a tym samym zakazane jest nadużywanie przez jedno lub większą liczbę przedsiębiorstw pozycji dominującej na rynku wewnętrznym lub na znacznej jego części w zakresie, w jakim może wpływać na handel między Państwami Członkowskimi.

Nadużywanie takie może polegać w szczególności na: narzucaniu niesłusznych warunków transakcji; ograniczaniu produkcji, rynków lub rozwoju technicznego ze szkodą dla konsumentów; stosowaniu wobec partnerów handlowych nierównych warunków do świadczeń równoważnych i stwarzaniu im przez to niekorzystnych warunków konkurencji; uzależnianiu zawarcia kontraktów od przyjęcia przez partnerów zobowiązań dodatkowych, które ze względu na swój charakter lub zwyczaje handlowe nie mają związku z przedmiotem tych kontraktów.

Trzeba jednak podkreślić, że praktyki określone w art. 9 ustawy (odpowiednio Traktatu) są co do zasady legalne, co oznacza, że są prawnie indyferentne, jeżeli podejmują je podmioty nie posiadające pozycji dominującej. Delegalizuje je natomiast siła rynkowa podmiotu, uznanego za dominanta (hipoteza omawianej normy zawiera ograniczenie podmiotowe). Dlatego dla wykazania użycia pozycji dominującej przez określony podmiot niezbędne jest udowodnienie faktu posiadania przez niego pozycji dominującej na rynku właściwym. W doktrynie i orzecznictwie wskazuje się na konieczność ustalenia związku funkcjonalnego między autonomią działania, zdolnością do zapobiegania skutecznej konkurencji a inkryminowaną praktyką (Modzelewska-Wachal, 2002, s. 9; Kohutek, Sieradzka, 2008, 193–194, 339). W wyroku z dnia 1.10.2003 r. SOKiK stwierdził, że jeżeli zachowanie zainteresowanego odpowiada zachowaniu racjonalnego przedsiębiorcy na rynku konkurencyjnym, to nie może ono być wiązane z posiadaną pozycją rynkową, a zatem nie może być uznane jako nadużycie. Nadużycie pozycji dominującej na rynku ma bowiem miejsce wtedy, gdy

przedsiębiorca zachowuje się w taki sposób, który nie byłby możliwy, gdy nie posiadał pozycji dominującej na rynku właściwym (Wyrok SOKiK z dnia 1.10. 2003 r., Sygn. Akt XVII Ama 10/03, Wokanda 1, poz. 45).

Ustawodawca, za pomocą u.o.k.k. wprowadza system kontroli o charakterze *ex post*. Instrumenty określone w art. 9 są zatem zastosowane jako następstwo podjęcia określonych działań przez adresatów prawa antymonopolowego. Zakazowi temu towarzyszy system rygorystycznych sankcji o charakterze represyjnym i prewencyjnym. Przede wszystkim, zgodnie z art. 9 ust. 3 czynności prawne będące przejawem nadużywania pozycji dominującej są w całości lub w odpowiedniej części nieważne. Ponadto Prezes UOKiK ma możliwość nakładania na przedsiębiorców kar pieniężnych. (Kohutek, Sieradzka, 2008, s. 1014; Pęczalska, 2007, s. 243–258)⁴. Maksymalna wysokość sankcji może sięgać 10% przychodów przedsiębiorcy w roku poprzedzającym wydanie decyzji. Celem zwiększenia transparentności w zakresie metodologii ustalania wysokości kar na podstawie ustawy za naruszenia krajowy organ ochrony konkurencji ogłosił *Wyjaśnienia w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję* (2009), na które składają się:

1. Przychód⁵.
2. Szkodliwość naruszenia.
3. Specyfika rynku oraz działalności przedsiębiorcy.
4. Długotrwałość naruszenia.
5. Okoliczności łagodzące i obciążające⁶.

K. Kohutek słusznie podnosi, że brak ustawowej definicji nadużycia i otwarty katalog czynów zakazanych może zagrażać pewności obrotu prawnego. W tym kontekście zwraca się uwagę, że zakazów ustanowionych w artykule 9 ustawy antymonopolowej nie można stosować automatycznie: *należy wykluczyć możliwość zabrania na jego podstawie wszelkich form aktywności dominanta, jeśli tylko z formalnego punktu widzenia dają się zakwalifikować do jednego z typu praktyk wyliczonych w art. 9* (Kohutek, Sieradzka, 2008, s. 343).

Należy postulować jeszcze większą ostrożność w stosowaniu zakazów i sankcji przewidzianych w cytowanej ustawie w zakresie praktyk nienazwanych, wobec podmiotów, których podmiotowość antymonopolowa rodzi uzasadnione wątpliwości doktryny, w szczególności gdy określona działalność nie została przez ustawodawcę jednoznacznie zakazana (*expressis verbis*). Mając powyższe na uwadze trzeba podkreślić, że warunkiem uznania danego zachowania dominanta za nadużycie jest stwierdzenie, że uderza ono w podstawowe cele prawa antymonopolowego, to jest, że szkodzi ono konsumentom i konkurencji (rozumianej jako zjawisko instytucjonalne). Natomiast stwierdzenie, że szkodzi kontrahentom, czy konkurentom dominanta nie jest *per se* wystarczającą przesłanką stosowania ustawy antymonopolowej.

Stosowanie zakazu nadużywania pozycji dominującej w zakresie z.z.p.a.

Postępowania krajowego organu konkurencji w sprawie nadużywania pozycji dominującej wzbudziły zainteresowanie przedstawicieli praktyki i doktryny prawa. Relacje

między ozz a podmiotami uprawnionymi były przedmiotem postępowania antymonopolowego skierowanego między innymi przeciwko: Związkowi Polskich Artystów Fotografików ZPAF, Związkowi Stowarzyszeń Artystów Wykonawców STOART oraz Stowarzyszeniu Artystów Wykonawców Utworów Muzycznych i Słowno-Muzycznych SAWP. W doktrynie największe kontrowersje wzbudziła decyzja Prezesa UOKiK nr RWA-21/2004 z dnia 16 lipca 2004 roku (sygnatura akt RWA 57/4/20002/GM)⁷ i związane z nią orzecznictwo sądów powszechnych i Sądu Najwyższego. Są to: wyrok Sądu Okręgowego — Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 9 stycznia 2006 roku (sygnatura akt RWA 57/4/20002/GM), Wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 29 listopada 2006 roku (sygnatura akt Ama 84/4, DzUrz UOKiK z 2006 r. nr 2 poz. 25) oraz Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 grudnia 2007 roku (sygnatura akt III SK 16/07, DzUrz UOKiK 2008 nr 2, poz. 21). W przywołanej sprawie krajowy organ ochrony konkurencji stanął na stanowisku, że ozz zajmuje pozycję dominującą na krajowym rynku zbiorowego zarządzania prawami autorskimi do utworów muzycznych i uznał, że nadużywa ona tej pozycji dominującej poprzez:

1) wymuszanie na autorach, oddających utwory pod ochronę będących członkami tego stowarzyszenia, udzielenia ozz wyłącznego upoważnienia do zarządzania prawami do tych utworów (udzielania licencji na korzystanie z tych utworów) w zakresie publicznego wykonania oraz nagrań mechanicznych;

2) wymuszanie na autorach, oddających utwory pod ochronę niebędących członkami tego stowarzyszenia, udzielenia ozz wyłącznego upoważnienia do zarządzania prawami do tych utworów (udzielania licencji na korzystanie z tych utworów) w zakresie publicznego wykonania;

3) wymuszanie na autorach, oddających utwory pod ochronę niebędących członkami tego stowarzyszenia, udzielenia ozz wyłącznego upoważnienia do zarządzania prawami do tych utworów (udzielania licencji na korzystanie z tych utworów) w zakresie nagrań mechanicznych;

4) uzależnianie sprawowania zbiorowego zarządu tymi prawami na rzecz autorów, niebędących członkami tego stowarzyszenia, od oddania w zarząd łącznie prawa udzielenia zezwoleń na wykonanie publiczne utworów, ich nagrywanie mechaniczne oraz nadania radiowo-telewizyjne.

Ustalenia będące podstawą komentowanej decyzji organu antymonopolowego, wyroku sądu antymonopolowego i Sądu Najwyższego nie znalazły pełnej akceptacji w doktrynie. Rozbieżności (Błęszyński, 2011; Lewandowski, 2009; Materna, 2013; Oleksiuk, 2009; Bobińska, 2009). dotyczą zarówno zagadnień o charakterze podstawowym, to jest zasadności stosowania przepisów prawa antymonopolowego w sferze praw autorskich, jak i zagadnień szczegółowych, w tym wyznaczenia rynku właściwego, pozycji rynkowej, czy treści praktyk anty-konkurencyjnych⁸. Przedmiotem dalszych analiz są implikacje praktyczne związane z kwalifikacją zachowań rynkowych ozz w kategorii nadużycia pozycji dominującej. W tym zakresie należy wskazać dwa obszary problemów, które zasługują na krytyczną ocenę. Pierwszy dotyczy wykazania związku funkcjonalnego między praktyką stanowiącą nadużycie

a autonomią działania i zdolnością dominanta do zapobiegania skutecznej konkurencji. Drugi dotyczy kryteriów oceny zasadności inkryminowanej praktyki⁹.

W świetle przyjętej wykładni instytucjonalnej i doktrynalnej (Kohutek, Sieradzka, 2008, uwagi do art. 9; Modzelewska-Wąchal, 2002, uwagi do art. 9) na organie ochrony konkurencji spoczywa konieczność ustalenia związku funkcjonalnego między autonomią działania podmiotu dominującego, zdolnością do zapobiegania skutecznej konkurencji a inkryminowaną praktyką. Założeniem praktyki nadużywania pozycji dominującej jest niezależność przedsiębiorcy dominującego od przedsiębiorców zdominowanych, którzy ze względu na strukturę rynku poddają się skutkom tej dominacji. Z istoty dominacji wynika, że przedsiębiorcy zdominowani nie mają wpływu na zachowanie rynkowe dominanta. Stosunki pomiędzy uprawnionymi a ozz nie odpowiadają temu założeniu — są one przedmiotem kompleksowej regulacji o szczególnym charakterze. Jej obowiązywanie ogranicza wolność gospodarczą ozz, w tak ważnych kwestiach, jak wybór formy prawnej oraz swobody kontraktowej. Zgodnie z intencją ustawodawcy (*Stenogram z posiedzenia sejmowej Komisji Kultury i Środków Przekazu Sejmu IV kadencji — I czytanie projektu ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych — druk 1628*) ozz działa jako rzecznik interesów ogółu autorów i wykonawca określonych przez nich zasad ochrony ich praw. Na gruncie obowiązującego prawa jedyną dopuszczalną formą działania ozz jest stowarzyszenie, czyli dobrowolne, samorządne zrzeszenie podmiotów uprawnionych. Mając powyższe na uwadze, słuszne wydaje się stanowisko, zgodnie z którym ocenie u.o.k.k nie powinny podlegać stosunki wewnętrzne między ozz a członkami (Skubikowski, 2004, s. 29). W tym kontekście podnosi się, że ozz jest organizacją, której działanie jest oparte o zasady demokracji wewnątrz-stowarzyszeniowej (Błęszyński, 2009, s. 17). W szczególności członkowie mogą doprowadzić do zmian zachowań ozz w określonym statutowo trybie. Zgodnie z art. 2 *Prawa o stowarzyszeniach* członkowie stowarzyszenia określają swoje cele, programy działania i struktury organizacyjne oraz uchwalają akty wewnętrzne. Rozwiązanie, które przyznaje członkom stowarzyszenia, czyli zgodnie z nomenklaturą prawa konkurencji: odbiorcom usług ozz decydujący wpływ na sposób wykonywania tych usług, to jest organizowania i realizacji zz, bez wątpienia wymaga odniesienia w procesie ustalania potrzeb (preferencji) odbiorców.

Zbieżne są poglądy J. Skubikowskiego, w opinii tego autora zasady tworzone przez ozz, *ex definitionem* złożone przez twórców dotyczą warunków korzystnych dla ogółu (Skubikowski, 2004, s. 29; Kępiński, 2007; Drexl, 2007; Oleksiuk, 2009). Nie można wykluczyć sytuacji, w której ze względu na wysoką popularność, indywidualny twórca może samodzielnie dokonywać zarządu własnym prawem — nie może jednak zmuszać ozz do zmiany ustawowo określonej podstawy zarządu.

Obowiązujące w Polsce prawo ozz określa w sposób szczegółowy zakres uprawnień i obowiązków, które mają służyć realizacji określonych przez ustawodawcę funkcji o charakterze gospodarczym, społecznym i publicznym. Są to:

- 1) zarządzanie prawami autorskimi lub prawami pokrewnymi;
- 2) ochrona praw autorskich lub praw pokrewnych¹⁰;
- 3) wykonywanie obowiązków określonych w ustawie.

Ustawodawca wyraźnie wskazał trzy obszary zadań, które obejmują szereg różnych uprawnień i obowiązków, ale których nie można traktować rozdzielnie bowiem zgodnie z ustawą mają one charakter komplementarny i wspólnie stanowią konstytutywny element tego co możemy nazwać „usługą świadczoną” przez ozz. Jednocześnie niezbędnym elementem analiz, jest ustanowiony w prawie u.p.a.p obowiązek należytego wykonywania zobowiązań. Jest to pojęcie cywilistyczne. Jak zauważa J. Błęszyński, to najbardziej pojemny termin określający treść i sposób wykonywania zadań (Błęszyński, 2009, s. 17). Spełnienie tego kryterium jest przesłanką ubiegania się o zezwolenie zz. Jej dopełnienie w trakcie działalności ozz jest obowiązkiem, od którego uzależnione jest przysługiwanie uprawnień wynikających z u.p.a.p. Należyte wykonywanie zz jest przedmiotem kontroli organu właściwego, czyli Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego¹¹.

Odpowiednio art. 104 pkt 5.1 stanowi, że Minister Kultury może cofnąć wydane zezwolenie jeżeli organizacja nie wykonuje należycie obowiązków w zakresie zarządzania powierzonymi jej prawami autorskimi lub pokrewnymi oraz ich ochrony. Naczelny Sąd Administracyjny w jednym ze swoich orzeczeń wskazał, że *ustawa nie określa warunków dowodzących istnienia rękojmi należytego zarządzania powierzonymi prawami, ich ustalenie jest rzeczą Minister Kultury, który powinien kierować się in fine zarówno interesem społecznym, jak i słusznym interesem strony* (Orzeczenie NSA z 12 stycznia 1996 roku, Barta, Markiewicz, 2005, s. 152).

Należy zatem rozważyć, czy dana praktyka rynkowa, na przykład łączne wykonywanie zarządu na wskazanych w umowie powierniczej polach eksploatacji jest uwarunkowane wymogiem należytego wykonywania funkcji przez ozz. Mając powyższe na uwadze ważne jest stwierdzenie, że działalność ozz nie ogranicza się do licencjonowania praw i podziału wynagrodzeń pomiędzy uprawnionych. Należyte wykonywanie funkcji wymaga stworzenia skutecznego systemu poboru wynagrodzeń, co z kolei wymaga monitorowania rynku i ścigania naruszeń, podejmowania kosztownych i długotrwałych spraw sądowych. Indywidualne podejście przy wykonywaniu tych zadań ma negatywny wpływ na efektywność i skuteczność zbiorowego zarządu, rozumianego jako uregulowany prawem system rozpowszechniania i korzystania z autorskich dóbr intelektualnych, a nie jako działalność agencyjna¹².

Dlatego na uwagę zasługuje fakt, że ustalenia będące podstawą krytykowanej decyzji prowadzone są przez pryzmat interesów majątkowych wnioskodawcy. Jako zagrożone dobro organ konkurencji wskazuje „swobodę twórców do samodzielnego decydowania o sposobie wykonywania ich praw autorskich”, brak natomiast wyjaśnień, które odpowiadałyby sprecyzowanym w ustawie funkcjom ozz, *ratio* przyjętych rozwiązań i realiów ich stosowania. Podobny błąd popełnia Sąd Apelacyjny (Wyrok z dnia 29 listopada 2006 roku, DzUrz UOKiK z 2006 r., nr 2, poz. 25), który jako przesądzającą okoliczność uznania

praktyki OZZ za nadużycie przyjął naruszenie swobody kontraktowej powoda. Stwierdził przy tym, że oferta OZZ zarządzania prawami powoda w ramach swoistego pakietu obowiązkowego nie była korzystna dla uprawnionych bowiem ogranicza ich wolność wyboru. Należy tu podkreślić, że w świetle orzecznictwa TS UE (Wyrok z dnia 12 kwietnia 2013 roku w sprawie T-433/08 *SIAE przeciwko Komisji*; Wyrok z dnia 12 kwietnia 2013 roku w sprawie T-398/08 *Zaiks przeciwko Komisji*)¹³ zupełnie niezrozumiałe dla czego ocena zasadności inkryminowanej praktyki rynkowej prowadzona jest wyłącznie pod kątem legalnych form korzystania z utworów.

Powyższe rozważania uzasadniają stwierdzenie, że stosowanie w interesie publicznym, instrumentów prawa antymonopolowego wymaga, by praktyki rynkowe ozz były oceniane przy uwzględnieniu całokształtu funkcji i zadań jakie spełniają w Polsce stowarzyszenia ozz. Dotyczy to również oceny relacji między podmiotami uprawnionymi a reprezentującymi ich prawa stowarzyszeniami twórców, artystów wykonawców, nadawców lub wydawców. Tym samym, należy zbadać czy dana praktyka rynkowa jest właściwym, ze względu na określone w Prawie autorskim cele ozz sposobem realizowania obowiązków wobec ogółu twórców (i innych uprawnionych). Odnosząc się do rozwiązań przyjętych na gruncie prawa antymonopolowego warto postawić pytanie, czy przyjęte przez ozz rozwiązanie można uznać (odpowiednio) za działalność odpowiadającą zachowaniu racjonalnego przedsiębiorcy, a zatem czy należy wiązać je z posiadaną pozycją, czy z racjonalnym wyborem środków należytego realizowania zz. Jeżeli bowiem stanowi właściwy instrument wykonywania ustawowych obowiązków tym samym nie może być uznana za nadużycie.

ZZ jest racjonalne jedynie wówczas, gdy zapewnia wystarczającą efektywność i respektuje zasadę otwartego dostępu. Zdolność działania ozz jest ograniczona, gdy koszty zarządu przekraczają na skutek jego zróżnicowania racjonalne nakłady (Skubikowski, 2004, s. 29). W warunkach, dynamicznie powiększającego się, masowego obrotu prawami autorskimi i pokrewnymi, stosowanie licencji globalnych upraszcza procedury i obniża koszty organizacyjne ozz, a tym samym zwiększa efektywność zbiorowego zarządzania. Jednocześnie umożliwia rozłożenie kosztów między wszystkich uprawnionych. Stosownie do art. 106 ust. 1 u.p.a.p ozz jest obowiązana do jednakowego traktowania praw swoich członków oraz innych podmiotów przez siebie reprezentowanych, w zakresie zarządzania prawami autorskimi oraz dochodzenia ich ochrony. Norma ta zawiera mechanizm zapobiegający nadużyciu prawa i odpowiada rozwiązaniom typowym dla ustawy antymonopolowej, to jest zakazowi dyskryminacji¹⁴. Dlatego poza dyskusją pozostaje fakt, że dla danego twórcy (podmiotu uprawnionego lub jego następcy prawnego) może być bardziej opłacalne, by stowarzyszenie (ozz), czyli pozostali twórcy ponosili koszty ochrony i zarządzania w tej sferze obrotu prawami autorskimi, która jest bardziej ryzykowna i wymaga większych nakładów. Mając jednak na względzie cele ustawy o ochronie praw autorskich i pokrewnych oraz realia rynkowe należy zbadać, czy ochrona wolności kontraktowej i związana z nią fragmentacja umów jest

uzasadniona dobrem ogółu, przede wszystkim ze względu na problemy dochodzenia praw. Jak odnotowuje się w piśmiennictwie (Besen, 1992, s. 383–440; Drexl, 2007, s. 28) dzielenie repertuaru wpływa niekorzystnie na sposób wykonywania zarządu; zwiększa koszty administracyjne i komplikuje procedurę zz.

Ocena zasadności stosowanych przez ozz postanowień umownych wymaga też zbadania, czy ozz stosuje rozwiązania uwzględniające specyficzne cechy danego segmentu rynku, czy są one dostosowane do praktyki obrotu i eksploatacji utworów (Besen, 1992 s. 383). Krajowe ozz stosują bardzo zróżnicowane (ze względu na rodzaj twórczości, formę i skalę eksploatacji) sposoby realizacji swoich zadań w zakresie zz. Jest to oczywista konsekwencja faktu, że skuteczność zz zależy między innymi od dostosowania zasad zz do uwarunkowań pracy twórczej/artystycznej oraz realiów rozpowszechniania utworów/artystycznych wykonań typowych dla danej dziedziny twórczości/sztuki.

Uwagi końcowe

Reasumując przedstawione powyżej rozważania, należy stwierdzić, że ustalenia będące podstawą decyzji o nadużycie pozycji dominującej przez ozz nie mogą być prowadzone przez pryzmat interesów poszczególnych uprawnionych. W komentowanej decyzji jako zagrożone dobro organ konkurencji wskazuje „swobodę twórców do samodzielnego decydowania o sposobie wykonywania ich praw autorskich”. Problem jest źle postawiony: ani organ, ani sądy nie powinny rozważać kwestii zasadności praktyki ozz wyłącznie przez pryzmat wolności kontraktowej podmiotu uprawnionego. Na gruncie p.a.p.p. zasadność zachowań rynkowych ozz należy oceniać z punktu widzenia całokształtu uprawnień i obowiązków realizowanych przez ozz.

Ocena danej praktyki powinna uwzględniać wszystkie obszary działań zz, które służą realizacji funkcji określonych przez ustawodawcę w u.p.a.p, a więc nie tylko uczestnictwo w legalnym obrocie prawami autorskimi i pokrewnymi, w tym realizacji inkasa i repartycji wynagrodzeń, ale także monitorowania rynku, w szczególności reagowania na naruszenia praw autorskich podmiotów uprawnionych i interweniowania w przypadkach stwierdzenia takich naruszeń, włącznie z dochodzeniem roszczeń na drodze sądowej. Jak ustalono są to różne a zarazem

komplementarne obszary zadań. O wynagrodzeniu można mówić w przypadku legalnego eksploataowania dzieła na podstawie umowy lub użytku publicznego. Natomiast w sytuacji, gdy eksploatacja dzieła następuje bezprawnie, wchodzi w grę roszczenie odszkodowawcze lub roszczenie o wydanie uzyskanych korzyści (Wyrok Sądu Najwyższego z 25 maja 1984 roku, sygn. akt ICR 110/84, OSN 1985 nr 2–3, poz. 34). Wyłączenie z obszaru analizy obowiązków ozz związanych z ochroną praw jest metodycznie niepoprawne i powoduje, że dalsze analizy i wnioski są obciążone *błędem pars pro toto*, który determinuje ocenę zasadności inkryminowanej praktyki. Warto przy tym zauważyć, że w omawianej w niniejszym artykule sprawie ani Prezes UOKiK, ani sąd nie wyjaśniły, na jakiej podstawie uznano, że jest możliwe oddzielenie działalności kontrolnej w odniesieniu do zastosowań zgodnych z prawem od działalności polegającej na wykrywaniu i zwalczaniu nielegalnego korzystania z utworów. Zarząd i ochrona praw autorskich mają charakter komplementarny i wspólnie stanowią konstytutywny element tego co możemy nazwać „usługą świadczoną” przez ozz.

W tym kontekście należy podkreślić, że ochrona wolności kontraktowej poszczególnych podmiotów uprawnionych uderza w zasadę solidaryzmu między uprawnionymi i skutkuje przerzuceniem kosztów prowadzenia spraw sądowych, czy utrzymania ekip kontrolnych na innych członków oraz podmiotów reprezentowanych przez ozz. Obciążenie części autorów kosztami utrzymania całego systemu monitorowania i ochrony praw prowadzi, *de facto*, do ich dyskryminacji, co stanowi zarówno naruszenie autorsko-prawnej regulacji zbiorowego zarządu, jak i zasad wolnej konkurencji.

Zgodnie z przedstawionym wyżej stanowiskiem warunkiem uznania danego zachowania dominanta za nadużycie jest stwierdzenie, że uderza ono w podstawowe cele prawa antymonopolowego. Natomiast stwierdzenie, że określone działanie jest niekorzystne dla poszczególnych uprawnionych ozz nie jest *per se* wystarczającą przesłanką uznania danej praktyki za nadużycie. Skorelowanie indywidualnego interesu prawnego wnioskodawców z interesem ogółu twórców i uwzględnienie interesu publicznego wymaga rozpoznania całokształtu zadań i obowiązków ozz. Jednocześnie niezbędnym elementem analiz, jest ustanowiony w prawie u.p.a.p obowiązek należytego wykonywania zobowiązań przez ozz.

Literatura

- Barta, J., Markiewicz, R. (red.). (2005). *Prawo autorskie. Tom 3. Orzecznictwo i wyjaśnienia*. Warszawa: Dom Wydawniczy ABC.
- Besen, S., Kerby, S., Salop, K. (1992). An economic analysis of copyright collectives. *Virginia Law Review*, (78), 383–440.
- Błęziński, J. (2009). Prawo autorskie a prawo konkurencji. W: K. Lewandowski (red.), *Prawo autorskie a prawo konkurencji*. Poznań: WSUS.
- Błęziński, J. (2000). Zbiorowe zarządzanie prawami autorskimi lub pokrewnymi *de lege lata* i *de lege ferenda*. *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego*, (4), 2.
- Błęziński, J. (2011). Nowelizacja ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych z 8 lipca 2010 roku. *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego*, (8), 23.
- Bobńska, J. (2009). Organizacje zbiorowego zarządzania a pojęcie przedsiębiorcy. W: K. Lewandowski (red.), *Prawo autorskie a prawo konkurencji*. Poznań: WSUS.

- Bolecki, A. (2009). Problematyka równoległego stosowania prawa autorskiego i prawa antymonopolowego wobec organizacji zbiorowego zarządzania prawami autorskimi — spojrzenie krytyczne. *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego*, (9), 17.
- Drexl J. (2007). *Collecting Societies and Competition Law*, www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/drexl_-_cmos_and_competition.pdf, (11.11.2014).
- Europejski Komitet Ekonomiczno-Społeczny. (2013). Opinia w sprawie wniosku dotyczącego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zbiorowego zarządzania prawami autorskimi i prawami pokrewnymi oraz udzielania licencji wielu terytorialnych dotyczących praw do utworów muzycznych na potrzeby ich wykorzystania na internetowym polu eksploatacji na rynku wewnętrznym, COM(2012) 372 final — 2012/0180(COD), DzU UE C 44 z 15 lutego 2013, 104.
- Hansberry-Bieguńska, D., Famirska, S., Bolecki, A. (2009). Poland W: T. Janssens, T. Wessely, (red.) *Getting the Deal Through — The regulation of dominant firm conduct*. Londyn.

- Kohutek, K., Sieradzka, M. (2008). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wolter Kluwer Business.
- Kępiński, M. (2007). *Organizacje zbiorowego zarządzania prawami autorskimi lub prawami pokrewnymi*. W: J. Barta (red.), *System prawa prywatnego. Prawo autorskie*, wyd. 2, tom 13. Warszawa: Beck, INP PAN.
- Materna, G. (2009). Stosowanie prawa ochrony konkurencji wobec organizacji zbiorowego zarządzania — granice ingerencji organu antymonopolowego. W: K. Lewandowski (red.), *Prawo autorskie a prawo konkurencji*. Poznań: WSUS.
- Materna, G. (2013). Antymonopolowa ocena wysokości stawek wynagrodzeń za korzystanie z utworów lub przedmiotów pokrewnych w świetle znolizowanego prawa autorskiego. *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego*, (4), 28–36.
- Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law, (2013) *Copyright, Competition and Development, Raport*, http://www.wipo.int/export/sites/www/ip-competition/en/studies/copyright_competition_development.pdf (12.10.2014).o
- Modzelewska-Wachal, E. (2002). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Twigger.
- Obwieszczenie Komisji Europejskiej w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji, DzUz UE C 298 z 9 grudnia 1997, 155 — pkt 5.
- Oleksiuk, I. (2009). Problematyka równoległego stosowania prawa autorskiego i prawa antymonopolowego wobec organizacji zbiorowego zarządzania prawami autorskimi. *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego*, (1), 18–22.
- Oleksiuk, I. (2009a). Rozwój wolnej konkurencji w zakresie zbiorowego zarządzania prawami autorskimi. Podstawowe problemy. W: K. Lewandowski (red.), *Prawo autorskie a prawo konkurencji*. Poznań: WSUS.
- Pęczalska, B. (2007). *Ochrona konkurencji*. Warszawa: C.H. Beck.
- Projekt dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 kwietnia 2013 w sprawie zbiorowego zarządu prawami autorskimi i prawami pokrewnymi oraz udzielania licencji na wielo-terytorialnych do utworów muzycznych na internetowym polu eksploatacji na rynku wewnętrznym, COM (2012)372 final, EUR-Lex 52012PC0372, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0372:FIN:PL:HTML;> (12.10.2014).
- Skoczny, T., Jurkowska, A., Maślik, D. (red.). (2009). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*. Warszawa: C.H. Beck.
- Skubikowski, J. (2004). Powiernictwo na gruncie praw autorskich i pokrewnych. *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego*, (9), 29.
- Skubikowski, J. (2005). Zbiorowy zarząd prawami autorskimi i pokrewnymi: zakres udzielonego zezwolenia, ustawowa reprezentacja oraz właściwości organizacji zbiorowego zarządzania. *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego*, (11), 21.
- Szaciński, M. (1999). Swoboda umów w prawie autorskim. *Palestra* (5–6), 6–13.
- Szaciński, M. (1996). Ustawa o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym a prawo autorskie. *Przegląd Sądowy* (9), 52.
- Toft T. (2006) *Collective rights management in the online world — A review of recent Commission initiatives*, http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/text/sp2006_008_en.pdf (12.11.2014). „Wyjaśnienia w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję” (2009). Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, www.uokik.gov.pl/wyjasnienia_i_wytyczne.php (12.11.2014).o
- Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, DzU 2007, nr 50, poz. 331, ze zm.
- Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, DzU 2006, nr 90, poz. 631, ze zm.
- Ustawa z dnia 7 kwietnia 1989 r. Prawo o stowarzyszeniach, DzU 2001, nr 79, poz. 855 ze zm.
- Zalecenia Komisji z dnia 27 października 2011 r. w sprawie digitalizacji i udostępnienia w Internecie dorobku kulturowego oraz w sprawie ochrony zasobów cyfrowych, DzU L 283 z 29 października 2011, s. 39.
- dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, Stanowisko takie spotyka się niekiedy z krytyką doktryny”; Bobińska, 2009, s. 89 i n.: „Obecnie sama idea wzajemnych relacji między prawem autorskim i prawem konkurencji to jest stosowania prawa konkurencji do stanów faktycznych powstałych na gruncie prawa autorskiego jest sporna w doktrynie”.
- ⁹ W tym kontekście na uwagę zasługuje stanowisko wspólnotowo organu ochrony konkurencji, który wielokrotnie podkreślał że „przez wskazywanie kryteriów oraz dowodów, na których opiera swoją decyzję, Komisja oczekuje zwiększenia przejrzystości jej polityki oraz procesu podejmowania decyzji w obszarze polityki konkurencji”; Obwieszczenie Komisji Europejskiej, 1997, s. 155 — pkt 5.
- ¹⁰ Nie bez znaczenia jest też ochrona autorskich praw osobistych, por. art. 106 ust. 1 u.a.p.p. zgodnie z którym stowarzyszenie realizujące funkcje ozz na podstawie ustawy nie może bez ważnych powodów odmówić podjęcia zarządzania prawami autorskimi lub prawami pokrewnymi. W tym kontekście jako przykład wskazuje się konieczność uwzględnienia osobistych interesów twórcy (będących przedmiotem ochrony na mocy art. 16 u.a.p.p.).
- ¹¹ Dalej zwany Ministrem Kultury. Jak zaznacza się w doktrynie jest to organ, który ogarnia swoim kompetencjami całość spraw z omawianego obszaru. Błęzyński, 2009, s. 20.
- ¹² W polskiej praktyce rynkowej jedynie wspólne dochodzenie roszczeń może zapewnić realizację praw określonych w art. 20. ust. 3, 201 ust. 1, art. 21 ust. 3, art. 30 ust. 2, art. 25, 29 i in. oraz rozsądne rozłożenie kosztów inkasa i zbierania informacji na wszystkie uprawnione podmioty.
- ¹³ W przywołanych wyrokach TS UE poddał ostrej krytyce fakt, że Komisja wyłączyła z obszaru analizy obowiązki ozz związane z monitorowaniem rynku. TS UE uznał, że „ze względu na fakt, że instytucja ta ograniczyła się do wzięcia pod uwagę wyłącznie legalnego korzystania z utworów należy stwierdzić nieważność omawianej decyzji, gdyż Komisja nie wyjaśniła, na jakiej podstawie uznała, że możliwe jest oddzielenie działalności kontrolnej w odniesieniu do zastosowań zgodnych z prawem od działalności polegającej na wykrywaniu i zwalczaniu nielegalnego korzystania z utworów?”. Wyrok z dnia 12 kwietnia 2013 w sprawie T-398/08, pkt 120.
- ¹⁴ Kohutek, Sieradzka, 2008, s. 81 wskazuje na przepisy Prawa energetycznego (ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne, DzU 2003, nr 153, poz. 1504), art. 4 ust. 2 przedmiotowej ustawy „nakłada na przedsiębiorstwa energetyczne (...) obowiązek zapewnienia wszystkim odbiorcom (...) na zasadzie równego traktowania świadczenia usług przesyłania lub dystrybucji energii”.